



TRABAJO FIN DE MÁSTER
Máster de Acceso a la Abogacía

**LA PRUEBA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR PERSONAS
JURÍDICAS**

Asier Ruiz Lasarte

DIRECTOR
Manuel Richard González

Pamplona
20 de enero de 2021

SUMMARY

Legal entities can be convicted as responsible for the commission of crimes. This institution was introduced in the reform of the Penal Code in 2010, which was modified again in 2015 with respect to the implementation of regulatory compliance programs in corporations or companies. However, the legal reform has not solved the procedural difficulties that arise in the processes of determining this kind of responsibility. These problems, among others, are referred to the distribution of the burden of proof and the limits of its practice in the process. Particular importance has the value as a proof that must be given to the existence or deficiencies of the compliance programs or to the evidence obtained in internal investigations or obtained by workers or third parties. This work aims to analyse all these issues, proposing solutions that can be used for the practical forensic of this kind of criminal responsibility.

KEY WORDS: criminal responsibility; legal entities; compliance program; evidences; burden of proof.

RESUMEN

Las personas jurídicas pueden ser condenadas como responsables de la comisión de delitos. Esta institución se introdujo en la reforma del Código Penal en 2010 que volvió a modificarse en 2015 respecto a la implantación de programas de cumplimiento normativo en la empresa. No obstante, la reforma legal no ha solucionado las dificultades procesales que se plantean en los procesos de determinación de esta clase de responsabilidad. Estos problemas, entre otros, se refieren a la distribución de la carga de la prueba y los límites de su práctica en el proceso. Especial importancia tiene el valor probatorio que deba darse a la existencia o deficiencias de los programas de cumplimiento o a las pruebas obtenidas en investigaciones internas u obtenidas por trabajadores o terceras personas. Este trabajo se dirige a analizar todas estas cuestiones, proponiendo soluciones que pueden servir para la aplicación práctica de esta clase de responsabilidad penal.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad penal; personas jurídicas; programas de cumplimiento; medios de prueba; carga de la prueba.

ÍNDICE

ÍNDICE	2
ABREVIATURAS	3
I. INTRODUCCIÓN	4
II. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	5
1. LA LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO.....	5
2. LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO.	7
III. ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	12
IV. LAS PENAS IMPONIBLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS	13
1. LAS PENAS CONCRETAS IMPONIBLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS (ART. 33.7 CP)	13
2. LAS REGLAS DE APLICACIÓN DE LAS PENAS (ART. 66 BIS CP).....	13
3. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA (ART. 31 QUATER CP).....	15
V. ESPECIALIDADES DEL PROCESO PENAL CONTRA LA PERSONA JURÍDICA	18
1. LAS REGLAS DE COMPETENCIA	18
2. LAS PERSONAS JURÍDICAS IMPUTABLES.....	20
3. MEDIDAS CAUTELARES.....	21
4. LA REPRESENTACIÓN DE LA EMPRESA EN LOS DISTINTOS ACTOS PROCESALES.....	23
5. EL CONFLICTO ENTRE TESTIGOS, REPRESENTANTES Y ACUSADOS.....	23
VI. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO PRUEBA QUE ENERVA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA	28
1. REQUISITOS LEGALES DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN.	29
2. EL COMPLIANCE OFFICER	34
3. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN.....	36
4. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE EN EL PROCESO PENAL	41
5. LA RELEVANCIA PROCESAL DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS EN INVESTIGACIONES DE COMPLIANCE	44
VII. EL FUTURO DEL PROCESO PENAL CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS	48
1. LA CONFIGURACIÓN DEL WHISTLEBLOWER ACTUAL Y FUTURA.....	48
1.1. Los modelos de whistleblowing	48
1.2. El whistleblower en la actualidad	50
1.3. El futuro cercano del whistleblower	54
2. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL.....	58
2.1. Estatuto general de la prueba ilícita penal.....	58
2.2. Las pruebas obtenidas por particulares: caso Falciani	60
VIII. CONCLUSIONES	66
BIBLIOGRAFÍA	68
JURISPRUDENCIA	72

ABREVIATURAS

A	Auto
AAN	Auto de la Audiencia Nacional
ACP	Anterior Código Penal (CP tras la LO 5/2010 y antes de LO 1/2015)
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
Art.	Artículo
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
FGE	Fiscalía General del Estado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común
RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación al ordenamiento jurídico español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010 mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, y su posterior desarrollo con la reforma del Código Penal mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, supuso la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser condenadas por la comisión de los delitos expresamente previstos en el Código Penal. Además de señalar los delitos concretos que estas pueden cometer y su régimen de penas, el legislador también configuró otros elementos que van a ser de extrema importancia probatoria, como los programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión.

La responsabilidad penal de la persona jurídica sigue protagonizando hoy en día un intenso debate en la doctrina a pesar de que el Tribunal Supremo, aún en contra del criterio de la Fiscalía General del Estado, se ha pronunciado al respecto. En este trabajo se va a analizar el fundamento de esa responsabilidad penal, pero, sobre todo, se van a estudiar los elementos prácticos de un proceso penal contra la persona jurídica. Prestaré atención a la práctica de distintos medios de prueba que estarán presentes en todo proceso penal contra una entidad, con independencia del delito concreto que haya cometido. En especial, los programas de cumplimiento normativo centran una parte importante de este estudio y van a ser analizados en sus aspectos materiales y de prueba en el proceso penal.

En este trabajo voy a exponer también los problemas que se pueden dar y de hecho se están dando e intentando resolver en los procesos debido a una legislación insuficiente, poco adaptada y en muchos casos anticuada. Es el caso de la distribución de la carga de la prueba, del régimen procesal de las pruebas obtenidas en investigaciones internas, del tratamiento procesal de las denuncias realizadas por los trabajadores sobre delitos cometidos en la empresa que les emplea y la admisibilidad de las pruebas que estos trabajadores o terceras personas presenten al proceso. Son cuestiones con una escasa regulación, con derechos fundamentales en juego y que es previsible que en un futuro estén presentes en una gran mayoría de procesos penales.

II. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas ha sido uno de los aspectos de las últimas dos grandes reformas del Código Penal que más polémica y conflicto ha generado en la doctrina, hasta el punto de que la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo han optado por planteamientos dispares. Sin ser el objeto principal de este estudio el análisis de los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es conveniente dedicar algunas páginas a la misma, exponiendo brevemente las posiciones doctrinales surgidas con las reformas del Código Penal.

La primera mención a las personas jurídicas en el Código Penal se hizo en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo el apartado segundo del artículo 31 en estos términos: *“si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”*. No se les podía hacer responder penalmente a las personas jurídicas de los delitos cometidos en su seno, pero sí hacerles garante del cobro de las multas que se impusieren a la persona física delincente que obró en su nombre. Fue con la reforma efectuada por la LO 5/2010, de 22 de junio, cuando se atribuyó responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que se mantuvo y precisó con la LO 1/2015, de 30 de marzo.

1. La LO 5/2010, de 22 de junio.

La reforma del Código Penal mediante la LO 5/2010, de 22 de junio (en adelante, ACP), supuso la eliminación del segundo apartado del artículo 31 del Código Penal introducido en 2003 y el desarrollo de un sistema de verdadera atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica a través del artículo 31 bis que no estuvo exento de debate. El artículo 31 bis 1 ACP exponía en su primer párrafo: *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”*; y en su segundo párrafo: *“En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los*

hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

La redacción escogida por el legislador despertó un debate doctrinal, mantenido hasta nuestros días a pesar de la posterior reforma, sobre si el Código Penal ha establecido un sistema de autorresponsabilidad (responsabilidad por hecho propio) o un sistema de heterorresponsabilidad (responsabilidad por hecho ajeno o sistema vicarial) de las personas jurídicas. La redacción del primer apartado indicaba que se eligió un sistema de transferencia de responsabilidad de la persona física a la jurídica porque no se exigía ningún comportamiento propio de la persona jurídica¹, sino que se le transfería a esta la responsabilidad de los delitos cometidos por sus administradores o representantes legales. Una visión global de la ley parecía apuntar en este sentido de que persona física y jurídica respondían del mismo injusto, al haber una dependencia de las cuantías de las multas o su duración en caso de imposición a ambos sujetos (arts. 31 bis 2 y 66 bis 2ª ACP).

Por el contrario, los defensores del sistema de responsabilidad por hecho propio extraían su teoría de que el artículo 31 bis 2 ACP permitía condenar a la persona jurídica aún sin un proceso contra la persona física; y el apartado tercero desligaba las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de la persona física a la persona jurídica. Es decir, el legislador había establecido una autonomía entre la responsabilidad de la persona física y de la jurídica y cada una de ellas responderá por un fundamento distinto. Este sector doctrinal sitúa el fundamento de la responsabilidad de las empresas en un defecto de organización consistente en la no implantación de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos al que se refiere la circunstancia atenuante del art. 31 bis 4.d ACP². En el supuesto de delitos cometidos por los trabajadores, la persona jurídica responderá por el incumplimiento de los deberes de control que la sociedad ha depositado sobre sus administradores para que controlen lo realizado por los empleados, reforzado este argumento con una mayor sanción en función del mayor cargo que desempeñara el que incumplió el deber de control (art. 66 bis 1ª.c ACP). Y en contra del sistema vicarial, argumentaban que se estaría vulnerando el principio de culpabilidad al hacerles responsables de hechos en los que no han participado de modo alguno.

¹ GALÁN MUÑOZ: “*Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1-2015*”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 35.

² GALÁN MUÑOZ: “*Fundamentos y límites...*” *cit. ant.*, pág. 42.

La Fiscalía General del Estado se posicionó a favor de la responsabilidad por hecho ajeno en la Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010. Afirmaba que al redactar de tal forma el art. 31 bis ACP, *“el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere”*³. Entendía la Fiscalía que no se estaba ante un mecanismo que imputara directamente los hechos delictivos a la persona jurídica sino que se le atribuyen a ella los hechos cometidos por determinadas personas en determinadas circunstancias. Descartaba la tesis de que el fundamento fuera el defecto de organización antes mencionado porque *“ni siquiera se contempla como circunstancia atenuante la acreditación de una provisión organizativa suficiente adoptada por la entidad con carácter previo a cometerse el delito”*⁴. La Fiscalía argumentaba que la persona jurídica opera a través de las personas físicas indicadas en el artículo sin que haya razón para imputarle a la corporación un comportamiento deficiente autónomo cuando esas deficiencias provienen en última instancia de sus gestores. Tampoco apreciaba una diferencia sustancial entre los dos medios de comisión de delitos (por los directivos o por los subordinados) porque es en definitiva la ausencia de control por parte de los administradores sobre los actos de los subordinados lo que permite transferir la responsabilidad a la persona jurídica.

2. La LO 1/2015, de 30 de marzo.

Con la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el legislador pretendió, sin mucho éxito, acabar con el debate suscitado por la reforma penal anterior, al indicar en el preámbulo que con la nueva formulación del debido control *“se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”*, posicionándose el legislador a favor del sistema de responsabilidad por hecho propio.

Esta reforma modificó la redacción del primer apartado del artículo 31 bis, amplió el catálogo de delitos que las personas jurídicas pueden cometer, se ampliaron los sujetos responsables añadiéndose las sociedades mercantiles que ejecuten políticas

³ Circular FGE 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, apartado III.1).

⁴ Circular FGE 1/2011, apartado III.1).

públicas o presten servicios de interés general y, sobre todo, se reformó completamente la configuración de los programas de control o cumplimiento normativo mediante los apartados 2, 4 y 5 del art. 31 bis del Código Penal en los términos que más adelante se explicarán y que a partir de ahora serán los protagonistas de la responsabilidad penal de la persona jurídica. A los efectos que ahora nos interesan, el artículo 31 bis 1 quedó redactado de la siguiente manera:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

El debate entre las posturas de heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad no acabó con la reforma sino que ambas usaron las modificaciones como argumento, produciéndose esta división no solo entre la doctrina, sino también entre la Fiscalía, que se mantuvo en su defensa de la responsabilidad por hecho ajeno, y el Tribunal Supremo, que optó por la tesis de la autorresponsabilidad.

La Fiscalía se volvió a poner del lado de la responsabilidad por hecho ajeno en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Insiste en un traspaso de la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica por realizar un “hecho de conexión” descrito en el primer apartado del art. 31 bis CP; teoría reforzada por el tenor literal del precepto: “*las personas jurídicas serán penalmente*

responsables de los delitos cometidos (por las personas físicas indicadas)”⁵ y porque ahora se indica expresamente que el deber de control recae sobre las personas físicas administradoras de la sociedad (art. 31 bis 1.b CP), lo que en el anterior Código Penal no estaba especificado. Consciente del debate anterior y los argumentos esgrimidos por los defensores de la autorresponsabilidad, vuelve a descartar que los defectos de organización constituyan un elemento de la tipicidad, operando los programas de cumplimiento normativo ahora bien detallados únicamente como circunstancia excluyente de su responsabilidad, es decir, como elemento de la culpabilidad: “la LO 1/2015 sigue atribuyendo el “debido control” (ahora “deberes de supervisión, vigilancia y control”) a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis.1 y no a la propia persona jurídica, con lo que estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, que reside en la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del art. 31 bis.1 en las concretas circunstancias que detalla”⁶.

Pero el Tribunal Supremo no adoptó la tesis de la Fiscalía General del Estado sino que se posicionó en el lado contrario, configurando jurisprudencialmente un sistema de atribución de responsabilidad por hecho propio donde los programas de cumplimiento normativo forman parte de la tipicidad del delito cometido por la persona jurídica y como tal deberá ser probado por la acusación. La primera sentencia en la que el Tribunal se pronunció sobre el fondo de esta cuestión fue la STS 154/2016, de 29 de febrero. Partiendo de la premisa de que “*cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*”, admite que el presupuesto inicial de la responsabilidad de la entidad es que la comisión del delito por la persona física ha sido posible “por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho”: “*lo que no admite duda, visto el texto legal, es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa (...) en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces (...). La exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona*

⁵ GALÁN MUÑOZ: *Fundamentos y límites...* cit. ant., pág. 80.

⁶ Circular FGE 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, apartado 5.1.

física”⁷. Según la distribución normal de la carga probatoria que más adelante se explicará, la acusación deberá probar la ausencia de herramientas de control idóneas, pero admite el Tribunal que en la práctica será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la existencia de modelos de prevención y una cultura de cumplimiento. Y advierte que, si se aplica el art. 31 ter en un modelo de heterorresponsabilidad, en supuestos en los que no se ha determinado la autoría de la persona física concreta, se estaría condenado a la jurídica en un régimen de responsabilidad objetiva prohibido en nuestro sistema penal.

Esta primera sentencia contó con un voto particular redactado por el magistrado D. Cándido Pumpido Tourón y suscrito por 7 magistrados que, sin cuestionar que el fundamento último de la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento, no comparten que este sea el núcleo de la tipicidad. Los elementos del tipo son únicamente los definidos en el art. 31 bis 1 CP y solamente estos tendrán que ser probados por la acusación, haciéndosele culpable por permitir que sus representantes o trabajadores cometan un delito en nombre y beneficio de la sociedad. Es decir, consideran que el legislador ha configurado las medidas de prevención y control como circunstancia eximente y que por tanto, siguiendo las reglas probatorias generales, no debe probarse su no concurrencia salvo que sean alegadas expresamente por la defensa y conste una base razonable para su apreciación.

Poco después el TS volvió a pronunciarse en el mismo sentido mayoritario en la STS 221/2016, de 16 de marzo, esta vez con el apoyo de algunos firmantes del voto particular anterior. Incide de nuevo en que a la acusación le corresponde probar la comisión de un delito por alguna de las personas físicas del art. 31 bis 1 CP y además, *“que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica”*⁸. Y en STS 516/2016, de 13 de junio, sentenció que *“el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica, respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad”*. En este sentido también redactó la STS 583/2017, de 19 de julio. Por tanto, se puede considerar

⁷ STS 154/2016, de 29 de febrero, fj. 8º.

⁸ STS 221/2016, de 16 de marzo, fj. 5º.

consolidada la opción del Tribunal Supremo por la responsabilidad por hecho propio en los delitos cometidos por las personas jurídicas con las consecuencias y dificultades prácticas que, como se verá, se pueden presentar.

Estas son las dos corrientes doctrinales principales y a las que se limita su exposición en este trabajo por no ser el objeto principal, pero sin olvidar que hay autores como ROBLES PLANAS⁹ que niegan la posibilidad de que una persona jurídica pueda delinquir o la imposibilidad de su encaje en el sistema penal español como exponen MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO¹⁰.

A los efectos que a este trabajo atañen, la opción por un sistema de responsabilidad u otro no es superflua porque de ella depende la actividad probatoria en función de los elementos que integren la tipicidad de los delitos cometidos por la persona jurídica, en los términos aquí analizados y que, sobre todo, se analizarán más adelante. Además, la LO 1/2015 introdujo en nuestro sistema una verdadera regulación de los programas de cumplimiento normativo que se van a convertir en el elemento fundamental del sistema penal de las empresas. Sobre estas cuestiones gira la responsabilidad penal de la persona jurídica y por tanto, la prueba sobre los delitos que ellas hayan podido cometer, lo que es el principal objeto de estudio de este trabajo.

⁹ ROBLES PLANAS: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, en *Diario la Ley*, N° 7705, Sección Doctrina, 29 de septiembre de 2011.

¹⁰ Véase MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, en GOMEZ COLOMER (director): *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 101 y ss.

III. ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

El legislador ha establecido un sistema de *numerus clausus* para determinar los delitos de los que una persona jurídica puede ser responsable. Y en alguno de ellos ha establecido diferencias respecto del delito aplicable a la persona física, como casos en los que sólo se prevé la comisión dolosa o por ejemplo, el cohecho en su modalidad activa. Así se desprende del art. 31 bis –“en los supuestos previstos en este Código”- y en ese sentido lo ha entendido la doctrina y la Fiscalía General del Estado en la ya mencionada Circular 1/2016, de 22 de enero. Por tanto, los delitos por las que las personas jurídicas pueden responder son:

Delitos	Artículos CP
Tráfico ilegal de órganos humanos o su trasplante	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores	189 bis
Delitos contra la intimidad y allanamiento informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quater
Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de partidos políticos	304 bis.5
Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Delitos contra los derechos de los de los ciudadanos extranjeros	318 bis. 5
Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo	319.4
Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Delitos relativos a energía nuclear y radiaciones ionizantes	343.3
Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Delitos contra la salud pública (medicamentos, productos sanitarios y alimentos)	366
Delitos contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis
Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576.5

IV. LAS PENAS IMPONIBLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Las penas concretas imponibles a las personas jurídicas (art. 33.7 CP)

Las penas imponibles a las personas jurídicas están recogidas en el artículo 33.7 del Código Penal mientras que el sistema de aplicación se recoge en el art. 66 bis de una forma un tanto caótica.

- Pena de multa. Es la pena básica presente en toda condena a personas jurídicas¹¹ y puede ser por cuota o proporcional. En el primero de los casos, funciona de forma similar a la pena de multa para las personas físicas pero con mayor extensión y cuantía (art. 50 CP). En supuestos de multa proporcional, se prevé que en caso de no ser posible la determinación con base en el beneficio obtenido, el perjuicio causado, el valor del objeto o cantidad defraudada, se sustituya por multa por cuotas (art. 52.4 CP).
- Disolución y prohibición definitiva de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Al ser penas definitivas, se requiere la superación del triple juicio del art. 66 bis 1ª y que la sociedad sea multirreincidente o se utilice instrumentalmente para la comisión de delitos.
- Prohibición temporal de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- Suspensión de actividades y clausura de locales y establecimientos, con un límite máximo de 5 años. Pueden ser adoptadas como medida cautelar por el Juez Instructor para evitar la continuidad delictiva.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.
- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores hasta cinco años.

2. Las reglas de aplicación de las penas (art. 66 bis CP)

Para imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7, es decir, todas las mencionadas menos la multa, el tribunal debe tener en cuenta las especialidades

¹¹ DE LA MATA BARRANCO; ET AL: “*Derecho Penal Económico y de la empresa*”. Dykinson, 2018. Pág. 152.

recogidas en el art. 66 bis en cuanto a la extensión temporal de la pena impuesta, ya que de ella dependen los requisitos a reunir. En primer lugar, es necesario efectuar un triple juicio sobre: la necesidad de la pena concreta para prevenir la continuidad delictiva; las consecuencias económicas o sociales haciendo hincapié en los efectos para los trabajadores de forma que habrá que analizar la actividad real lícita de la empresa; y el puesto que ocupaba la persona física o persona que incumplió el deber de control, siendo más grave la conducta de los puestos más altos.

Los límites a los que se somete la duración de las penas son:

- Los límites máximos recogidos para cada pena en el art. 33.7 CP.
- La duración de las penas temporales no podrá ser superior a la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para ese delito para la persona física.
- En el caso de delitos cometidos por los subordinados, cuando el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control no tenga carácter grave, la duración máxima será de dos años. Aquí el legislador incurre en una gran contradicción, porque la letra b) del artículo 31 bis 1 recoge como elemento del tipo que el incumplimiento sea grave, por lo que un incumplimiento de menor dimensión sería un hecho atípico, no de limitación de pena.
- En caso de imponerse penas de duración determinada por un plazo superior a dos años, es necesario que, además de superar el triple juicio, sea reincidente o se utilice instrumentalmente para la comisión de delitos¹².
- Para imponer las penas de disolución y prohibición definitiva de realizar actividades y las penas de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas y prohibición de realizar actividades por plazo superior a cinco años, es necesario que la sociedad sea multirreincidente o se utilice instrumentalmente para la comisión de delitos.

Es en esta última previsión, la del uso instrumental, donde pueden surgir más problemas en la práctica. La utilización de la sociedad por las personas físicas se hace en numerosas ocasiones no en beneficio de la sociedad (como sí ocurre en caso de obtener ventajas en el mercado, evasiones fiscales o ingresos directos por la actividad delictiva), sino en beneficio de la persona física que utiliza ilegalmente a la persona jurídica. De esta

¹² DE LA MATA BARRANCO, ET AL: *Derecho Penal Económico y de La Empresa*. Dykinson, 2018. Pág. 156.

forma, la sociedad no obtiene ningún beneficio del delito cometido por la persona física, sino que simplemente ha sido utilizada como herramienta, y no puede ser condenada a ninguna de las penas por faltar el elemento de la tipicidad consistente en el beneficio directo o indirecto exigido por el art. 31 bis .1. Por tanto, se reduce considerablemente el número de casos en los que en la práctica una persona jurídica pueda ser condenada a una pena de duración superior a dos años. Distinto sería si la sociedad, por la actuación en su propio beneficio de la persona física, obtuviera aunque fuese indirectamente algún tipo de ventaja¹³.

3. Circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 *quater* CP)

El legislador ha previsto un régimen específico de atenuación para las personas jurídicas. El artículo 31 *quater* CP recoge las siguientes circunstancias como atenuantes:

1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

No existe todavía por parte de nuestro Tribunal Supremo ninguna sentencia que se pronuncie expresamente sobre estas circunstancias, aunque sí que empiezan a

¹³ A este respecto, la FGE, en su circular 1/2016, expresa: “*Incluso cuando la persona física haya actuado en su exclusivo beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a esta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella*”.

aparecer sentencias de instancias inferiores pero que no entran a analizar en profundidad más allá de su aplicabilidad al caso concreto enjuiciado. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Granada (SAP Granada 194/2019, de 25 de abril) no apreció la concurrencia de la atenuante de reparación (letra c) por unos pagos considerados insuficientes hechos a los perjudicados apoyándose en la STS 179/2018, de 12 de abril, que tampoco aceptó su concurrencia pero respecto de una persona física, porque: *“Su razón de ser está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que en buena medida compense el desvalor de la conducta infractora (...). El acto de reparación ha de transmitir al perjudicado la sensación de que las consecuencias del delito se han visto neutralizadas o al menos sensiblemente aminoradas a partir del esfuerzo reparador”*. Y todo ello conecta con la idea de que la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, y satisfactoria además desde el punto de vista de la víctima (STS de 12 de mayo de 2005), debiendo excluirse aquellas reparaciones que por su escasa relevancia objetiva en relación con el daño total causado y con las posibilidades económicas del autor, no tienen verdadera entidad (STS 3 de noviembre de 2009)”. Y sobre la aplicabilidad a las empresas de las atenuantes genéricas del art. 21 CP, el Tribunal Supremo mencionó aunque no resolvió sobre las dilaciones procesales indebidas (STS 746/2018, de 13 de febrero): *“Es discutible, en cambio, que quepa proyectar en la persona jurídica la atenuante de dilaciones indebidas (art. 31 quater actual y anterior art. 31 bis 4). Pero lo que no admite controversia es que esa circunstancia –retrasos puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP) ”*. Por tanto, parece que las únicas circunstancias atenuantes para la persona jurídica son las recogidas en el artículo 31 quater CP, aunque como muchas otras cuestiones de esta materia tan novedosa en nuestro sistema penal, habrá que mantenerse atento a la dirección que vayan tomando los tribunales¹⁴. Como circunstancias atenuantes, deberán ser objeto de prueba por la defensa¹⁵. Aunque también podrá operar como atenuante la acreditación parcial de los requisitos de los programas de cumplimiento establecidos en los arts. 31 bis 2 y 4 CP para la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica a la que se hará referencia en el apartado sobre programas de cumplimiento.

¹⁴ ALONSO GARCÍA: *Compliance penal (IV): Las opciones de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. BIB 2020/36931. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2020.

¹⁵ STS 2144/2002, de 19 de diciembre, f.j. 2º: “Es doctrina reiterada de esta Sala que las bases fácticas de las circunstancias atenuantes y eximentes deben estar tan acreditadas como el hecho mismo (STS nº 1474/1998, de 25 de noviembre), por lo que correspondía a la defensa acreditar tales extremos”.

Por otro lado, el legislador no ha establecido ningún sistema específico de circunstancias agravantes, por lo que únicamente serán de aplicación las agravantes recogidas en las reglas para la determinación de la pena del artículo 66 bis CP, es decir, la concurrencia de reincidencia, multirreincidencia y la utilización instrumental de la persona jurídica, que operan como ya se ha descrito en el apartado de penas imponibles. Como agravantes, deberán ser acreditadas por la acusación para poder ser aplicadas.

V. ESPECIALIDADES DEL PROCESO PENAL CONTRA LA PERSONA JURÍDICA

A grandes rasgos, el proceso penal contra las personas jurídicas es similar al de las personas físicas, es decir, no cuenta con una ley de enjuiciamiento específica, sino que se han introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal determinados preceptos para hacer posible en la práctica el procesamiento de las entidades. En octubre de 2011, casi un año después de la entrada en vigor de la LO 5/2010 que reforma el Código Penal y que introdujo por primera vez la responsabilidad de la persona jurídica, entró en vigor la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que modifica varios artículos de la LECrim para su adaptación a las personas jurídicas. Fue una rápida resolución de alguno de los principales problemas que entrañaba una legislación procesal antropocéntrica pero que ha olvidado preceptos que son de una forzada o dificultosa aplicación a una persona jurídica.

1. Las reglas de competencia

Comenzando por la competencia objetiva, son de aplicación las mismas previsiones salvo una matización para cuando la competencia objetiva venga determinada por la gravedad de la pena. En este supuesto, se tendrá como referencia la legalmente prevista para la persona física aunque no se haya procedido contra ella (art. 14 bis LECrim). Así, corresponderá el conocimiento y fallo a los Juzgados de lo Penal de los delitos cuya pena no supere los cinco años de prisión y todas las multas, lo que en el objeto de nuestro estudio conlleva la exclusión de los delitos que conlleven penas de disolución y prohibición definitiva de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por ser penas definitivas, y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social cuando se aprecie multirreincidencia y por tanto conlleve pena superior a cinco años. Entre los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica se encuentran el tráfico de influencias (art. 430 CP) y el cohecho (art. 427 bis CP), que la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado se reserva para este, por lo que nada impediría que una persona jurídica fuese sometida a un procedimiento ante el Tribunal del Jurado en caso de cometer esos delitos.

La competencia funcional no presenta ninguna diferencia respecto de la establecida para las personas físicas, pero sí conviene detenerse en la competencia territorial. El fuero general del art. 14.3 LECrim atribuye la competencia territorial al

Juzgado o Audiencia de la circunscripción donde el delito se haya cometido. No se presentan problemas en el caso de que el delito base cometido por la persona física del que se desprende la responsabilidad de la jurídica se haya cometido en la sede de esta o lugar donde se lleva a cabo la vigilancia y control, pero sí en caso de que el delito primario sea cometido en un lugar distinto o no se proceda contra la persona física y solamente contra la jurídica. Siguiendo la tesis del Tribunal Supremo sobre el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el delito cometido por esta consiste en la infracción de los deberes de vigilancia y control, lo que puede llevar en consecuencia a atribuir a dos juzgados distintos el conocimiento del caso: donde se ejecute la conducta para generar un beneficio a la empresa y el lugar donde radican los órganos de administración y control por ser donde se da el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Para evitarlo, la solución más razonable sería atribuir la competencia al tribunal del lugar donde se ha cometido el delito base gracias a la teoría de la ubicuidad y a que podría entenderse que, a pesar de no estar en la sede de la empresa, las labores de vigilancia y control deben estar presentes en toda actuación de los trabajadores y directivos de la empresa con independencia del lugar en que se encuentren, por lo que sería en el lugar de la comisión delictiva donde se aprecia el déficit de los programas de cumplimiento normativo y su ejecución. En el caso de que el procedimiento penal se dirija exclusivamente contra la persona jurídica, los deberes de vigilancia y control se podrían considerar infringidos tanto en el domicilio de su sede social como de las sucursales o filiales en los cuales se cometió el delito de referencia.

No considero adecuado, a pesar de lo defendido por algunos autores, que se pueda aplicar la conexión delictual del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque los supuestos de delitos conexos para la aplicación del apartado primero son de difícil, por no decir imposible, subsunción en casos de delitos cometidos por dos sujetos tan distintos como una persona física y jurídica con fundamentos de responsabilidad también tan divergentes. También considero forzado aplicar el art. 17.3 LECrim por la expresa referencia a delitos “que hayan sido cometidos por la misma persona”, por mucho que algunos defiendan que hay una estrecha relación entre la persona física y la jurídica¹⁶.

¹⁶ CORCOY BIDASOLO; GÓMEZ MARTÍN: *“Manual de derecho penal, económico y de empresa. Parte general y parte especial”*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 201.

2. Las personas jurídicas imputables

El Código Penal no contiene un concepto de persona jurídica por lo que es necesario acudir a otras legislaciones para obtener una definición. El Código Civil regula las personas jurídicas en los artículos 35 a 39. El segundo párrafo del art. 35 CC califica como persona jurídica a *“Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”*. Por su parte, el art. 116 del Código de Comercio regula el contrato de compañía como el contrato *“por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro”*, que *“será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”*; una vez constituida, la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica. Estas entidades con personalidad jurídica estarán sujetas al régimen del artículo 31 bis del Código Penal, mientras que las entidades que carecen de ella se sujetarán al régimen de consecuencias accesorias establecido en el art. 129 CP¹⁷. A su vez, el Código Penal ha excluido del régimen de responsabilidad penal (art. 31 quinquies 1): *“al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”*, es decir, a todo el sector público administrativo, empresarial y fundacional, pero manteniendo la responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 quinquies 2).

A pesar de que en los ámbitos civil y mercantil puedan tener personalidad jurídica, en el ámbito penal se ha descartado cuando la sociedad ha sido constituida únicamente para la comisión de actividades delictivas. La FGE, en la Circular 1/2016, excluyó la aplicación de los arts. 31 bis y siguientes a las sociedades cuya finalidad exclusiva o principal es la comisión de delitos. La exclusión es lógica si se escoge la teoría de la responsabilidad por hecho propio de la entidad como fundamento de su responsabilidad porque no tiene sentido exigírsele modelos de prevención de delitos o una cultura de cumplimiento cuando precisamente ha sido constituida para ello. Pero también es aplicable en un sistema de responsabilidad por hecho ajeno, ya que no se

¹⁷ Afirmado por, entre otros, ECHEVERRÍA BERECIARTUA: “Aspectos básicos de los planes de compliance”, en *Diario La Ley* N° 9191, Sección Tribuna, 7 de mayo de 2018.

cumpliría el elemento del tipo “en su beneficio directo o indirecto” porque la persona jurídica sería un mero instrumento en manos de las personas físicas. En caso de que la sociedad tenga actividad legal e ilegal, el Código Penal reconoce como sociedad instrumental a aquella cuya actividad legal sea menor que su actividad ilegal (art. 66 bis CP) pero sí le son aplicables el sistema de responsabilidad del Código Penal.

Una vez determinada que la actividad de una sociedad es exclusivamente delictiva, el Tribunal Supremo ha propuesto recurrir al levantamiento del velo para la imputación directa de las personas físicas que hay detrás y disolver la persona jurídica mediante las consecuencias accesorias del art. 129 CP, lo que puede no ser aceptable: solamente se pueden imponer como accesorias las penas contenidas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33, entre las que no se encuentra la disolución, lo que puede llegar a ser salvable al imponerles la prohibición de realizar cualquier tipo de actividades; además las consecuencias accesorias solo pueden imponerse en caso de condena a la persona física individual. La Fiscalía General del Estado optó por el decomiso como instrumento eficaz contra las personas jurídicas cuya actividad es exclusivamente delictiva alegando que *“la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta”*¹⁸.

Breve pero concisamente lo dijo la Audiencia Nacional en 2014: *“a nuestro juicio claro es que incluso en el caso de -que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales- es penalmente imputable como persona jurídica y debe ostentar el estatus jurídico penal correspondiente. Razonando por exclusión debemos de concluir, que solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir, no reales, y que por ello no resultan imputables”*¹⁹.

3. Medidas cautelares

La Ley de Enjuiciamiento Criminal también contiene una regulación expresa sobre las medidas cautelares para las personas jurídicas en su artículo 544 quáter. Indica primeramente que se le podrán imponer las medidas expresamente previstas en el Código

¹⁸ DEMETRIO CRESPO: “Derecho penal económico y teoría del delito”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020. Págs. 455 y ss.

¹⁹ AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 19 de mayo de 2014, ECLI: ES:AN:2014:359A.

Penal, esto es, la clausura de locales o establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial según el art. 33.7 *in fine* CP. Muchos juristas se plantean, como lo hace DÓPICO GÓMEZ-ALLER²⁰, si estamos ante un *numerus clausus* de medidas o hay otras impondibles. Analiza este autor las distintas versiones de la Ley que se tramitaron en sede parlamentaria para intuir que no era voluntad del legislador hacer un elenco tasado de causas sino limitar las medidas cautelares personales impondibles, pero sin excluir las reales. Aunque lo más idóneo sería una nueva redacción del precepto que excluya las dudas, ya que es difícilmente entendible que se pueda imponer lo más restrictivo pero no lo menos.

Coincido con su opinión y la de otros autores en que solamente se podrán imponer las medidas cautelares personales del art. 33.7 *in fine* CP pero que nada impide la imposición de medidas cautelares reales recogidas en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal u otras leyes para asegurar las responsabilidades penales y civiles que se deriven del proceso, como son la fianza y el embargo o la anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer (art. 26 LH)²¹. Incluso se podrían aplicar las medidas cautelares recogidas en el art. 727.11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de asegurar el futuro cobro de multas, decomiso del equivalente o responsabilidad civil²².

Y en poco más difiere el régimen de las medidas cautelares de las personas jurídicas al de las físicas. Su adopción por el juez de instrucción necesita de petición de parte, no pudiendo adoptarse de oficio y previa celebración de vista. Además deben estar presentes los presupuestos *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho (art. 728.2 LEC) –que haya indicios favorables de que la persona jurídica vaya a ser definitivamente condenada-; y *periculum in mora* -riesgo de que de no adoptarse la medida, sobrevengan situaciones que dificulten el proceso o la tutela judicial efectiva-. No se hace previsión expresa de la duración de las medidas cautelares lo que ha suscitado diversidad de opiniones. Algunos autores defienden que la duración de la medida cautelar no puede exceder del plazo recogido como pena máxima del precepto utilizado, esto es, dos años de forma general salvo que estemos ante empresas reincidentes o instrumentales²³; o

²⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER: “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, en *Diario La Ley*, nº 7796, 13 de febrero de 2012.

²¹ ARRIBAS ATIENZA: “La persona jurídica como responsable penal ante el proceso”, en *Revista Acta Judicial* nº 1, enero 2018, pág. 62.

²² TORRAS COLL: “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa compliance”, en *La Ley Penal* nº130 enero-febrero 2018.

²³ TORRAS COLL: “Aspectos procesales...” *cit. ant.*

aplicarse sin límite de tiempo mientras sigan presentes los presupuestos que motivaron su adopción²⁴.

4. La representación de la empresa en los distintos actos procesales

La Ley 37/2011 introdujo varios preceptos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 119 LECrim regula la primera comparecencia en el proceso de la persona jurídica, donde se le informará de los hechos que se le imputan. Una vez citada en el domicilio social, se le requerirá para que nombre un representante, abogado y procurador y la comparecencia se hará con el representante designado. Para evitar dilaciones provocadas por la sociedad, en caso de no nombrar abogado y procurador, se procederá a su designación de oficio y, aún más importante, en caso de no designación o comparecencia del representante, los actos se realizarán igualmente en presencia única del abogado. Y la misma previsión se hace en el artículo siguiente para la práctica de diligencias de investigación o prueba anticipada, que se harán en presencia del representante designado o en caso de ausencia, solamente con el abogado defensor.

Se añadió el art. 409 bis LECrim para regular la declaración de la persona jurídica tras su imputación a través del representante designado para la averiguación de los hechos y la participación de la entidad en ellos, reconociéndosele la aplicación de lo previsto en esta fase procesal para las personas físicas haciendo especial mención a los derechos a guardar silencio, no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable. Se hace además la advertencia de que la no comparecencia del representante se entenderá como acogerse a su derecho a no declarar. Y otra vez la misma previsión hace el legislador, para la fase de juicio oral y da facultades al representante para declarar en nombre de la persona jurídica (art. 786 bis LECrim).

5. El conflicto entre testigos, representantes y acusados

El artículo 786 bis LECrim prohíbe la designación como representante de quien tenga que declarar como testigo, lo que en la práctica puede conllevar algunos problemas y abusos. La finalidad del legislador es clara al querer evitar que una empresa nombre como representante al que tenga conocimiento de los hechos para blindar esa información impidiéndole declarar. Pero por otro lado, es lógico y esperable que la entidad elija para su defensa a una persona que tenga conocimiento de lo ocurrido,

²⁴ ARRIBAS ATIENZA: “La persona jurídica como responsable...” *cit. ant.*, pág. 64.

seguramente al “directivo cuya competencia sea precisamente el control, la vigilancia o el cumplimiento en el ámbito donde supuestamente tuvo lugar el delito”, por lo que impedir su elección atentaría contra el derecho de defensa, máxime cuando no se establece al juez ningún límite a la hora de llamar a testigos y puede llamar a prácticamente todas aquellas personas que podrían representar a la sociedad. Habiendo dos intereses en conflicto, habrá que establecer caso por caso las situaciones en la que una de las partes hace un uso abusivo de sus facultades o derechos. A modo de ejemplo, podríamos estar ante un abuso por parte de la empresa cuando nombra como representante a un testigo de los hechos delictivos que no ostenta ningún cargo de relevancia o responsabilidad y nunca hubiera ostentado la representación de la empresa en caso de no haberse iniciado un proceso contra ella, evidenciando un nombramiento que tiene como objetivo neutralizar al principal testigo de cargo; sin embargo, se podría considerar un abuso por parte de la acusación o el propio tribunal el llamamiento a declarar de un directivo no partícipe ni testigo directo de los hechos pero con el conocimiento suficiente de la empresa y del departamento operacional donde se ha producido el delito, siendo quien en mejor posición está para explicar la actuación de control efectuada por la empresa para evitar o minimizar los efectos del delito. Es el juez el que debe hacer una valoración del abuso de derecho en que cada parte puede recaer a la hora de aceptar los testigos propuestos por la acusación para no vulnerar los derechos fundamentales de la persona jurídica, sobre todo los ya mencionados de no declarar, no declarar contra sí misma y no confesarse culpable. Y los dos primeros derechos deberían, además, extenderse no solo al directivo elegido como representante de la sociedad, sino también a los demás directivos de su órgano, ya que de lo contrario se vaciaría de contenido el derecho²⁵.

También cabe la posibilidad de que el representante de la empresa elegido esté a su vez siendo investigado como responsable del delito por el que se está investigando a la entidad y tenga intereses en conflicto, suponiendo “una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada”. Si se aprecia esa vulneración del derecho de defensa, dice el Tribunal Supremo, podría proceder a “*la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones*

²⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER: “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, en *Diario La Ley*, n° 7796, 13 de febrero de 2012.

*ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones. Y todo ello incluso siempre que, a esas alturas, resultase ya ineficaz la decisión óptima de retrotraer las actuaciones no al acto del Juicio oral sino a su momento inicial”*²⁶. No en todos los casos cabe apreciar vulneración del derecho de defensa de la persona jurídica por el hecho de que su representante en el proceso sea coimputado por el mismo delito. Se apreciará cuando ha sido representada por alguien con intereses distintos y contrapuestos, lo que difícilmente ocurrirá cuando el coimputado que la representó ostenta la totalidad real del capital de la sociedad porque sobre él, que ha sido parte en el proceso con todos sus derechos, recae materialmente la pena impuesta a la persona jurídica²⁷. En cambio, el Tribunal Supremo si apreció indefensión de la persona jurídica en un caso en que la sociedad no fue adecuadamente citada y en aplicación del art. 786 bis LECrim compareció por ella su abogado, que actuaba también en defensa de la persona física acusada, que a su vez solamente ostentaba el 51% del capital social, siendo el resto de socios miembros del consejo de administración²⁸.

Otro problema con los testigos es el estatus del abogado interno (*in house*) de la persona jurídica que dispone de información directa del delito cometido, ya sea por ser directivo, gestor, haber prestado asesoramiento, tomado decisiones, actuado o haber desarrollado alguna investigación o valoración de los hechos aparentemente detectados como consecuencia del funcionamiento y ejecución de un programa de cumplimiento normativo. Un abogado externo goza del privilegio de confidencialidad y secreto profesional y debe y puede negarse a declarar, pero no parece sencilla la solución para el abogado interno. La justicia europea se ha decantado por una solución formalista al limitar el secreto profesional a los casos de abogados externos a la empresa y negándoselo a los abogados que mantuvieran una relación laboral con el cliente, además de exigir que

²⁶ STS 154/2016, de 29 de febrero, fj. 8º. Conviene precisar que en el caso enjuiciado la Sala desestima el motivo de recurso por no apreciar una lesión efectiva del Derecho. Argumenta que el titular real y los accionistas formales eran acusados y condenados por el delito primario, y ellos son quienes van a sufrir el perjuicio de la pena a la entidad. Además, ellos sí que ejercieron el derecho a la última palabra recogido en el art. 739 LECrim y darle esa oportunidad a la empresa, ya sea a través de uno de ellos o de su abogado, escaso valor tendría a la hora de aportar algo que no se haya dicho ya en el acto del juicio. Pero hace la advertencia a los Jueces y Tribunales para que en supuestos ulteriores impidan a una persona jurídica ser representada por el acusado por el delito original.

²⁷ STS 583/2017, de 19 de julio, fj. 2º.

²⁸ STS 123/2019, de 8 de marzo, fj. 1º .3

las comunicaciones entre abogado y cliente se hubieran realizado en el ejercicio de los derechos de defensa. Las funciones de los abogados *in house* han dejado de ser exclusivamente de asesoramiento jurídico y actualmente desempeñan labores propias de un gestor o directivo hasta el punto de ser habitual verlos con tales cargos. Además de que nada impide que la persona jurídica sea defendida en el proceso por sus propios abogados internos. No todas las comunicaciones efectuadas por ellos estarán amparadas por el secreto profesional, es más, en ocasiones están obligados a su revelación y colaboración con las autoridades como es el caso de obligaciones establecidas por la legislación tributaria, de prevención del blanqueo de capitales, medioambiente o mercado de valores. Por tanto, es aconsejable, más que fijarse únicamente en el carácter externo o interno del abogado, en las funciones que este concretamente realiza para apreciar o no la confidencialidad que ha de guardar²⁹.

La cuestión no es para nada pacífica ni unánime y ya se han presentado problemas en la práctica como en la investigación de la pieza novena del Caso Tándem, que investiga las relaciones entre BBVA y el comisario Villarejo. La firma Garrigues, actuando como defensa de la entidad bancaria, encargó a la consultora PWC un informe *forensic* sobre varias operaciones y funcionamiento del BBVA. La consultora fue llamada a declarar como testigo en el proceso y le fue requerida la aportación de varios documentos y correos electrónicos que reconoce obran en su poder relacionados con los informes encargados, con apercibimiento de obligación de decir la verdad y colaborar con la investigación. Tanto Garrigues y su defendida como PWC se niegan a la aportación de dicha documentación porque vulneraría frontalmente el secreto profesional del abogado, postura que Fiscalía e Instrucción descartan³⁰. Es perfectamente entendible la postura defendida por la consultora ya que forma parte del equipo de defensa de BBVA y por tanto a ella se le extiende también el deber de secreto, unido al fundamental derecho a la no autoinculpación de BBVA como investigada que es, operando este último como un *“óbice insalvable frente a la tentación por parte de la instrucción de forzar la «colaboración» de la persona jurídica requiriendo la entrega de documentación, como*

²⁹ GOENA VIVES, B: “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-2019. ISSN 1695-0194.

³⁰ Véase EUROPA PRESS: “BBVA: el juez del caso Villarejo apercibe a PwC por falta de colaboración”. (22 de junio de 2020). Expansión: <https://bit.ly/3hkLU9M>. Y “El BBVA se opone a que PwC aporte al 'caso Villarejo' datos del 'forensic' sobre FG”. (7 de julio de 2020). El Independiente: <https://bit.ly/3nSfbLg>.

los informes forensic o los demás elementos probatorios directos”³¹. Queda patente que se van a dar situaciones muy controvertidas sobre el alcance del secreto profesional en las actuaciones de defensa de la persona jurídica y que la solución de ellas no parece estar cerca por su dificultad, por lo que habrá que mantenerse a la espera de en qué sentido se pronuncien los tribunales, hasta llegar, si es necesario, a las más altas instancias para alcanzar una uniformidad de criterios adoptando una posición que seguro, no será pacíficamente asumida por todos.

³¹ SIMÓN CASTELLANO: “Requerimientos de información y derecho de defensa de la persona jurídica (Reflexiones en torno al caso BBVA-Villarejo)”, en *Diario La Ley*, N° 9691, Sección Tribuna, 8 de septiembre de 2020.

VI. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO PRUEBA QUE ENERVA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La existencia de modelos de organización y gestión eficaces, en los términos que ahora se analizarán, pueden excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica o atenuar su pena, por lo que será uno de los elementos probatorios más importantes, incluso se podría decir que el más relevante, a la hora de enjuiciar y sentenciar sobre una empresa, con independencia del delito concreto que se esté enjuiciando. Ya sea considerándolos elemento de la tipicidad o circunstancia eximente, los modelos de cumplimiento centrarán la actividad probatoria de los procesos contra las entidades, máxime cuando ya se haya probado la comisión del delito por la persona física, porque su concurrencia será la mejor forma que tendrá la sociedad de salir airosa del proceso.

Los programas de cumplimiento pueden ser definidos como *“un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las empresas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan, con el objetivo de establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos”*³². El Código Penal no emplea la expresión programa de cumplimiento o cultura de cumplimiento sino expresiones como modelos de organización y gestión o modelos de organización y prevención, pero su existencia es fundamental. Tanto, que optemos por un modelo de imputación u otro de los ya analizados, su presencia excluye la responsabilidad de la corporación, ya sea porque falta el elemento de la tipicidad objetiva (tesis del TS) o por la apreciación de una eximente de responsabilidad (tesis Fiscalía). Además, también es independiente de si el delito ha sido cometido por los representantes legales y administradores o por los subordinados con ausencia del debido control porque en ambos excluirá la responsabilidad penal, aunque la redacción escogida por el legislador puede servir para apreciar ciertas diferencias a la hora de repartir la carga de la prueba.

En el supuesto de los delitos cometidos por los administradores y altos cargos (art. 31 bis 1.a CP), el legislador parece responsabilizar a la persona jurídica por el simple hecho de la comisión delictiva por la persona física sin hacer ninguna mención a un deber de vigilancia y control. Es el art. 31 bis 2 el que se encarga de establecer los requisitos

³² PÉREZ FERRER: Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance). R.E.D.S núm. 13. Julio-diciembre 2018. ISSN: 2340-4647. Pág. 130.

que se deben cumplir para excluir la responsabilidad, pero su no concurrencia no es óbice para analizar y probar la imputación de la persona jurídica. En el supuesto de los delitos cometidos por subordinados (art. 31 bis 1.b CP), sólo se responsabiliza penalmente a la empresa en caso de que el subordinado haya cometido el delito porque los directivos han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control. En este supuesto sí que el legislador ha establecido estos deberes como núcleo de la tipicidad objetiva del delito³³ y deben ser objeto de prueba por la acusación³⁴. Y a pesar de esta distinción, la existencia de un programa de cumplimiento normativo que reúna los requisitos legales establecidos eficazmente implantado excluye la responsabilidad de la persona jurídica en ambos supuestos (arts. 31 bis 2 y 4 CP). Ahora bien, ya se adelanta que la mera existencia del programa no es suficiente para eximir de responsabilidad en el caso concreto, sino que se quiere probar que el programa es eficaz para prevenir la concreta conducta delictiva y que el delito en cuestión es un fallo asilado del propio programa³⁵, es decir, que realmente está implantado y actuando en el día a día de la entidad.

1. Requisitos legales de los modelos de organización y gestión.

El legislador ha recogido en el art. 31 bis 2 CP las condiciones que la persona jurídica debe cumplir para quedar exenta de responsabilidad a pesar de haberse cometido un delito por un directivo o administrador, y cuyo cumplimiento parcial da lugar a la atenuación de la pena:

- 1º. El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;
- 2º. La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada

³³ DE LA MATA BARRANCO, ET AL: Derecho Penal Económico y de La Empresa. Dykinson, 2018. Pág. 145

³⁴ NEIRA PENA: “La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas”. Grandes Tratados. La defensa penal de la persona jurídica. Editorial Aranzadi. Enero de 2018. BIB 2018\10271. Pág. 67.

³⁵ GONZÁLEZ CANO: “La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Especial consideración de los programas de cumplimiento penal”, en GOMEZ COLOMER (director): *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 864.

legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3º. Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4º. No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

Son varios pues los requisitos que debe cumplir la persona jurídica y la comisión delictiva concreta para apreciar la eximente de responsabilidad en caso de delitos cometidos por altos cargos. Primeramente, debe haberse adoptado previamente y de forma eficaz un modelo que controle y vigile a los órganos de gobierno que sea idóneo para evitar los delitos cometidos. Se considera eficaz un modelo que prevenga delitos evitando su comisión o reduciendo significativamente tal riesgo. Para valorar la eficacia se pueden tener en cuenta numerosos aspectos: la adecuación específica del modelo al delito que se ha cometido; existencia de un compromiso real con el cumplimiento de directivos y ausencia de favorecimientos o márgenes de tolerancia respecto de la actuación de los subordinados; estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados; la capacidad para detección de delitos; historial del comportamiento de la sociedad y de la eficacia del modelo en anteriores ocasiones; las actuación posterior al delito como medidas adoptadas contra los infractores o medidas de reparación³⁶.

Este modelo de cumplimiento debe estar controlado por un órgano propio de la persona jurídica pero autónomo e independiente, lo que se conoce como órgano de cumplimiento o *compliance officer*. Además, el delito se ha tenido que cometer eludiendo fraudulentamente estos modelos, y, por último, el órgano de vigilancia no ha omitido o cumplido deficientemente sus funciones. Todos estos requisitos son tendentes a evitar la comisión del delito al establecer, negativamente, lo exhaustivos que tienen que ser los controles y procedimientos de toma de decisiones, su ejecución y supervisión en la

³⁶ FERNANDEZ TERUELO: "El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica", en GÓMEZ COLOMER (Director): Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Págs. 200-201.

empresa para evitar la responsabilidad de esta porque nada más se podía hacer para evitarlo.

El último párrafo de este artículo 31 bis 2 recoge que cuando estas circunstancias, que presentes en su totalidad excluirían la responsabilidad penal de la persona jurídica, se acrediten parcialmente, el juzgador las tendrá que valorar a efectos de atenuación de la pena.

La adopción de programas de cumplimiento o de organización y gestión eficaces con carácter previo a la comisión delictiva también opera como eximente para los delitos cometidos por los subordinados (art. 31 bis 4 CP), así como atenuante en el caso de que no se puede acreditar completamente. Por su parte, el legislador también se ha preocupado de establecer los requisitos que han de reunir estos modelos de organización y gestión a los que se refiere la exención de responsabilidad tanto en el caso de los directivos como en el de los subordinados. El artículo 31 bis 5 CP establece su contenido:

- 1º. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2º. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
- 3º. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4º. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5º. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 6º. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Primeramente, y de ello depende todo lo demás, se deben analizar las distintas actividades que realiza la empresa para identificar en qué delitos pueden incurrir. Cada

empresa desarrolla unas actividades distintas, con unos clientes y proveedores distintos, trabajadores distintos, con culturas corporativas diferentes y en un contexto específico, lo que impide o por lo menos dificulta modelos estandarizados de cumplimiento. Estos tienen que ser fruto de un análisis de riesgos de la empresa en concreto con todas sus particularidades. El análisis de riesgos es el punto de partida para configurar un programa de *compliance* que elimine los riesgos que puedan evitarse y establezca las medidas adecuadas para controlar los demás, estableciendo procedimientos efectivos de control sobre los riesgos y poniendo más énfasis en protocolos que controlen el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica y la ejecución de las decisiones³⁷. Así, los programas de cumplimiento deben ser claros, redactados por escrito y específicos para cada sociedad según sus características, siendo útil acudir “a la normativa sectorial de las entidades para las que sí está específicamente prevista una determinada organización y gestión del riesgo”³⁸, como las Circulares de la CNMV nº 6/2009, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015, el RD 304/2014 sobre la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. El programa debe ser adecuado para prevenir el delito concreto debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción.

Para aumentar la efectividad de las medidas concretas de prevención, el CP prevé la instauración de más medidas. El art. 31 bis 5. 4º impone que los programas obliguen a informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo de vigilancia, para lo cual habrá que instaurar un canal de denuncias eficaz. Estos canales también tienen que ser acordes con la actividad concreta de la empresa, su cultura corporativa de cumplimiento y el grado de madurez, el compromiso de los empleados, pero sobre todo debe garantizarse que todos los trabajadores son conocedores de los canales y que los denunciantes no van a sufrir represalias. La Agencia Española de Protección de Datos informó en un primer momento que se debían evitar las denuncias anónimas pero la nueva Ley de Protección de Datos Personales (art. 24.1 LO 3/2018) recoge expresamente la posibilidad de que se ponga en conocimiento de la empresa anónimamente la realización de actividades ilegales, sin perjuicio de la necesidad de conocimiento del denunciante para la incoación de un hipotético proceso penal posterior³⁹. A favor del anonimato de las

³⁷ ECHEVERRÍA BERECIARTUA: “Aspectos básicos de los planes de *compliance*”, en *Diario La Ley* Nº9191, Sección Tribuna, 7 de mayo de 2018.

³⁸ Circular FGE 1/2016, apartado 5.3.

³⁹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Art. 24.

denuncias internas se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia 35/2020, de 6 de febrero.

Otro requisito de los programas de cumplimiento es la implantación de un sistema de infracciones y sanciones en caso de incumplimientos del programa a modo de actuación coactiva previa para evitar que un incumplimiento del programa derive en un ilícito penal, aunque cada vez es más habitual su combinación con medidas de refuerzo positivo. Una vez impuesta la sanción, la empresa debe ir más allá y cumplir con el último apartado del art. 31 bis 5 estudiando la infracción cometida, sus causas, modos de actuar alternativos que eviten el riesgo y actualizar el programa con los resultados del estudio para imposibilitar una reiteración de la infracción. Este proceso de evaluación debe hacerse por el responsable del cumplimiento periódicamente y no solo como respuesta ante una infracción a través de sistemas de vigilancia o auditorías⁴⁰.

Muy útil tanto a los efectos de elaborar un programa de cumplimiento normativo como para valorar su eficacia es la norma UNE 19601:2017. En ella se empieza señalando que la organización debe determinar los factores externos e internos relevantes en términos de *compliance* como son el tamaño y la estructura, los sectores de operación y naturaleza de las actividades, los miembros de la organización, la relación con funcionarios públicos (4.1) para posteriormente implementar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión de *compliance* penal que incluya las políticas, procesos y procedimientos necesarios así como medidas diseñadas para evaluar el riesgo penal (6.2), prevenirlo, detectarlo y gestionarlo de manera temprana. Esta misma norma también configura de algún modo esa “cultura de cumplimiento” que tanto emplea el Tribunal Supremo en las sentencias varias veces ya mencionadas para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. La actividad de los directivos y órganos de administración no tiene que limitarse a establecer un organismo que se encargue de los programas, sino que deben mostrar liderazgo y compromiso respecto al cumplimiento de la ley y del programa de forma proactiva, garantizando que el programa se implementa de forma adecuada para afrontar de manera eficaz los riesgos penales, que este programa se incorpora a los distintos procesos de la empresa, comunicar la importancia del cumplimiento y dirigir y apoyar al personal para conseguirlo, fomentar el uso de los

⁴⁰ FERNANDO DE LA FUENTE HONRUBIA: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aranzadi SAU, enero 2018. BIB 2018/6698.

canales de denuncia y garantizar que no haya represalias por comunicar infracciones (5.1.3). Incluso dedica todo un apartado a la “cultura de compliance” (7.1).

De esta forma, las empresas deben elaborar, implementar, supervisar y actualizar programas de cumplimiento normativo personalizados y adaptados a su naturaleza en los que se prevean concretamente los delitos potencialmente cometibles por los empleados o directivos y los protocolos para su evitación. De todo ello se deberá encargar un organismo o persona con poderes autónomos (*compliance officer*) que deberá encargarse por sí mismo o por medio de terceros de formar a todos los trabajadores y directivos sobre el programa de cumplimiento normativo e informar del canal de denuncias para acabar creando, impulsada por los directivos, una verdadera cultura de cumplimiento normativo en la empresa que dificulte hasta tal punto la comisión del delito que obligue al infractor a llevar a cabo un verdadero esfuerzo en su actividad delictiva para de esa forma eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica.

2. El *Compliance Officer*

El órgano de la persona jurídica con poderes autónomos al que se ha de encargar la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención al que hace referencia los arts. 31 bis 2 y 5 para excluir la responsabilidad de la persona jurídica es el oficial de cumplimiento, más conocido como *compliance officer*. A pesar de regular el contenido y tratamiento mínimo que deben cumplir los modelos de organización y gestión, el legislador no ha regulado la figura del denominado “*compliance officer*” o persona responsable de los programas más allá de indicar como requisito para la exención de responsabilidad que tiene que ser un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control (art. 31 bis 3). Al no especificar siquiera qué se entiende por órgano, habrá que atender al tamaño y actividades de la persona jurídica para determinar un número adecuado de personas, no habiendo obstáculo en ser una sola la que desarrolle de forma habitual las labores de vigilancia y control. En caso de órganos colegiados, estos pueden ser multidisciplinarios o no y siempre será aconsejable que cuenten con un Reglamento propio o su funcionamiento se regule en los propios estatutos de la sociedad⁴¹. A su vez, estos órganos pueden ser de nueva creación o mediante la adaptación de un órgano de control ya existente para que desempeñe

⁴¹ BLANC LÓPEZ: “La responsabilidad penal del *compliance officer*” (Tesis doctoral). Universidad de Lleida, 2017. Pág. 236.

también las labores de *compliance*, como pueden ser los órganos de prevención de blanqueo de capitales. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, que son las que pueden presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital, el art. 31 bis 3 CP permite que las tareas de supervisión sean asumidas directamente por el órgano de administración.

Y es un requisito esencial que los órganos encargados del cumplimiento normativo tengan poderes autónomos de iniciativa y control porque debe vigilar el comportamiento de los propios miembros del órgano de administración que lo designa⁴². La Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2016, dejó claro que el órgano de cumplimiento debe ser un órgano de la persona jurídica pero abre la puerta a que determinados servicios sean realizados por otros departamentos de la propia empresa o incluso externalizados, como sería el caso por ejemplo de la formación de los directivos y empleados en buenas prácticas y cumplimiento del programa, proveer el soporte informático, gestionar los canales de denuncias... De esta forma es recomendable, sobre todo para las grandes empresas, encargar la elaboración de los programas de prevención de delitos a un equipo multidisciplinar que esté actualizado en normativa y jurisprudencia en múltiples y complejas materias de entidades especializadas. Aunque luego será el órgano interno de la empresa el encargado de velar por su cumplimiento y supervisión. Y el propio hecho de ser una materia multidisciplinar no limita la figura del *compliance officer* a un experto en derecho penal, sino a cualquiera que conozca el funcionamiento de la empresa, posea los conocimientos adecuados y sobre todo, esté dotada de los medios y autonomía suficientes para implementar y controlar el funcionamiento del programa de prevención⁴³.

La Norma UNE 19601:2017 sí que contiene algunas funciones a desempeñar por el órgano de cumplimiento, que a modo de resumen se pueden señalar (5.1.2): identificar y gestionar los riesgos penales, impulsar y supervisar de manera continua la implementación y eficacia del sistema de gestión, formar a los miembros de la empresa, poner en marcha un sistema de información y documentación de *compliance*. Además, le designa recursos y personal suficiente, autoridad e independencia, dándole acceso directo

⁴² GÓMEZ COLOMER (Director): Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Pág. 202

⁴³ VEGAS AGUILAR; HERNANDEZ SÁNCHEZ; INZQUIERDO GARCÍA: "La figura del Compliance Officer y los programas de prevención de riesgos penales", en *Diario La Ley*, nº 8689, Sección Tribuna, 26 de enero de 2016.

e inmediato al órgano de gobierno y una posición en la organización que le acredite para solicitar y recibir la colaboración plena de los demás órganos de la misma.

La doctrina también se encuentra dividida en si el *compliance officer* ostenta una posición de garante respecto de los delitos que se cometan bajo su debida supervisión y puedan ser condenados en comisión por omisión por ellos en aplicación del art. 11 CP. Aparte quedan, como es evidente, los casos en los que el oficial de cumplimiento participe activamente en la comisión de los hechos delictivos⁴⁴. Hay autores, como BACIGALUPO⁴⁵ o LIÑÁN LAFUENTE, que defienden la posición de garante del *compliance officer* y de los órganos de administración. Expone este último⁴⁶ que para equiparar omisión a acción es necesario que el *compliance officer* ostente una posición de garante porque ha asumido el deber de contener los riesgos y de proteger bienes jurídicos ajenos, además de darse la identidad estructural y valorativa entre el delito cometido y la omisión. El autor distingue entre supuestos en los que el *compliance officer* tiene facultades activas de evitar la comisión de delitos mediante la paralización o anulación de actuaciones de empleados de aquellos supuestos en los que solamente tiene una facultad de supervisión pero sin poder actuar activamente, lo que seguiría siendo facultad del órgano de administración. En el primero de los casos, si además se demuestra que de haberse aplicado las medidas de control que eran razonablemente exigibles, no se hubiera cometido el ilícito, el oficial de cumplimiento podría ser responsable en comisión por omisión. En el segundo de los supuestos, la cuestión sería más complicada porque realmente no tenía facultades de actuación para evitar el resultado y su posición de garante sería más débil.

3. La carga de la prueba de los modelos de organización y gestión

La carga de la prueba hace referencia a cuál de las partes procesales corresponde la prueba de determinados hechos, en este caso, de los modelos de organización y gestión, que pueden constituir un elemento de la tipicidad o una circunstancia eximente de la responsabilidad de la persona jurídica. El debate analizando al inicio de este trabajo sobre los modelos de heterorresponsabilidad o

⁴⁴ TORRAS COLL: “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa de compliance”, en *La Ley Penal* nº 130 enero-febrero 2018.

⁴⁵ BACIGALUPO: “Posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario”, en *Diario La Ley*, Nº 9632, *Sección Tribuna*, 14 de Mayo de 2020.

⁴⁶ LIÑÁN LAFUENTE: “El oficial de cumplimiento: Su responsabilidad penal” en GOMEZ COLOMER (director): *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, págs. 347 y ss.

autorresponsabilidad cobra un gran protagonismo en este aspecto. Si se opta por un modelo de responsabilidad por hecho propio, es necesario establecer cuál es ese hecho propio integrante de la tipicidad que deberá ser probado por la acusación. Si se opta por un modelo de responsabilidad por hecho ajeno, no hay ese elemento de la tipicidad.

Como se ha estudiado, la doctrina, el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado se encuentran divididos sobre si la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en un hecho ajeno o un hecho propio. El Tribunal Supremo se decantó por la primera de las vías en la STS 154/2016, de 29 de febrero, y partiendo de la constatación del delito cometido por la persona física, basa la responsabilidad de la jurídica en el no *“establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracción delictivas por quienes integran la organización”*. Es por tanto para él un elemento del tipo que por si quedaban dudas, indica expresamente más adelante: *“la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario a la comisión del hecho por la persona física”* (...) *“cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación”*⁴⁷. La posterior STS 221/2016, de 16 de marzo, se pronunció en los mismos términos: *“habrá que acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realizada por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015”*; y otra vez añade: *“en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión”*⁴⁸. Es un modelo de responsabilidad por hecho propio en el que la tipicidad de la persona jurídica también está integrada por un defecto organizativo que deberá ser probado por la acusación.

El Tribunal Supremo, por tanto, no parece dejarse llevar por el tenor literal del apartado primero del artículo 31 bis CP, donde para los delitos cometidos por los administradores el legislador no ha incluido ninguna referencia sobre la vigilancia o

⁴⁷ STS 154/2016, de 29 de febrero, fj. 8º

⁴⁸ STS 221/2016, de 16 de marzo, fj. 5º.

control, pero sí lo ha hecho para los delitos cometidos por los subordinados. Es decir, parece que el legislador pretendía que solamente se tuviera en cuenta como elemento del tipo la vigilancia y control en los delitos cometidos por los subordinados, operando los programas como circunstancia eximente únicamente en los delitos cometidos por los administradores. El Tribunal Supremo no realiza tal distinción e iguala ambos supuestos. No obstante, precisó que: “*la persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho*”. La ausencia del debido control no integra un tipo independiente, sino que se precisa la comisión de un delito previsto en el CP por una de las personas del art. 31 bis y por este responderá la empresa al participar en él a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida. Al hacerle responsable del delito cometido por la persona física, no se le puede excluir de la discusión sobre la acreditación fáctica y jurídica de la comisión del delito por la persona física, aun cuando se les enjuicie de forma separada⁴⁹.

¿Pero cuál es el alcance del esfuerzo probatorio a desempeñar por la acusación? El hecho de que los representantes legales de la empresa, los que pueden obrar en su nombre y son responsables de su organización y toma de decisiones sean los que han cometido el delito evidencia la falta de compromiso de cumplimiento que hay en la empresa. Incluso algunos autores defienden que cuando los delitos han sido cometidos mediante acuerdo de una parte relevante de la dirección de la sociedad, es un sinsentido que se permita excluir la responsabilidad porque son ellos los obligados a establecer las medidas de control evidenciando que no hay un compromiso real⁵⁰. Difícilmente puede sostenerse que, si los responsables de diseñar las estrategias de cumplimiento normativo o por lo menos encargar su diseño y que deben mostrarse comprometidos activamente a evitar la comisión de delitos, son los que incurren en ilegalidades, haya en su empresa unas herramientas de control y supervisión idóneas porque son precisamente ellos los que deben asegurar su idoneidad. Se podría establecer, como hace NEIRA PENA⁵¹, una presunción *iuris tantum* de que cuando los encargados de dirigir y controlar están implicados en el delito, los deberes de dirección y control no se han cumplido. Y esto no

⁴⁹ STS 123/2019, de 8 de marzo, fj. 1º .4.

⁵⁰ FERNÁNDEZ TERUELO: “El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en GÓMEZ COLOMER (Director): *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Pág. 191.

⁵¹ NEIRA PENA: “La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas”, en *Grandes Tratados. La defensa penal de la persona jurídica*. Editorial Aranzadi. Enero de 2018. BIB 2018\10271. Págs. 124 y ss.

es más que la aplicación de la prueba indiciaria, según la cual es posible considerar probado un hecho presunto a raíz de un hecho indiciario plenamente probado a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano explicitado en la sentencia condenatoria. No se defiende que el simple hecho de haber cometido el delito por una de las personas del art. 31 bis a) conlleve automática y necesariamente la conclusión de que la entidad carece de medios de vigilancia y control, sino que como toda presunción *iuris tantum*, admite prueba en contra. Por tanto, la existencia de medidas eficaces o si la persona jurídica prueba que la actuación del directivo delincuente ha sido aislada y fraudulenta con un modelo de supervisión y control instaurado en la sociedad, dicha presunción se desvirtúa y sólo queda como opción la absolución de la persona jurídica. Esta postura fue asumida por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2016: *“cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía”, por eso “si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente, a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa, de tal modo que, en estos casos, los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz”*. Y hasta el propio TS lo reconoció en la STS 583/2017, de 19 de julio, fj. 28º: *“sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes”*.

Para una mayor garantía de los derechos de la persona jurídica encausada y en defensa de la presunción *iuris tantum* explicada, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, en cuanto surgieran dudas razonables sobre la existencia y vigencia del modelo de supervisión y prevención, se deberá dar por concurrente y apreciar la falta de tipicidad. De esta forma, se respetaría, tanto la posición tomada por el Tribunal Supremo –que personalmente no considero adecuada- como lo aparentemente querido por el legislador. Un legislador que además optó por configurar los programas de cumplimiento como circunstancias que eximen de responsabilidad criminal en virtud de los apartados segundo y cuarto del artículo 31 bis. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, en la misma STS 221/2016, eliminó la posibilidad de optar por la presunción *iuris tantum*: *“la sala no puede identificarse –insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático*

se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo". En consecuencia, la acusación no tendrá otra opción que llevar a cabo el arduo trabajo probatorio que conlleva la acreditación de elementos no concurrentes, pruebas de elementos negativos y cuya documentación puede ser inexistente, lo que es verdaderamente una *probatio diabólica*. Es más, cuesta ver el sentido a que sea la acusación, cuya función es acusar, la que tenga que acreditar una organización diligente por ser el único dato positivo que realmente se puede probar⁵².

En el caso de delitos cometidos por los subordinados, el Código Penal contempla esta vez sí como elemento del tipo el incumplimiento grave de los deberes de vigilancia y control por parte de los superiores, lo que indudablemente deberá ser probado por la acusación y que no merece mayor atención, más allá de la dificultad probatoria a la que se enfrenta.

Han surgido propuestas integradoras como la de GÓMEZ-JARA, que distingue entre la prueba del injusto/tipo, que correspondería a la acusación, y la prueba de la culpabilidad/eximente, que correspondería a la defensa. El delito concreto pertenecería a la primera categoría y los sistemas de gestión de Compliance a la segunda. La acusación debería probar la inidoneidad de las medidas de vigilancia y control concretas respecto del delito concreto imputado a la persona jurídica, mientras que la defensa habría de probar la cultura de cumplimiento de la legalidad, incluida la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza⁵³.

A pesar de los debates que se siguen y seguirán produciendo, es clara la postura del Tribunal Supremo acerca de la carga de la prueba de los delitos cometidos por las personas jurídicas. Será la acusación la que tenga que acreditar un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles con la dificultad que conlleva, operando la ausencia de un modelo de cumplimiento normativo como una prueba fundamental para ello pero sin estar obligada la persona jurídica a aportar su sistema de *compliance*. Aunque

⁵² GÓMEZ TOMILLO: "*Compliance*" penal y política legislativa [recurso electrónico en línea]: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas". Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 28.

⁵³ PÉREZ GIL: "Carga de la Prueba y sistemas de gestión de compliance", en GÓMEZ COLOMER (director): *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pág. 1072.

en la práctica será su mejor estrategia de defensa, por lo que es previsible que los modelos de *compliance* vayan a ser aportados al proceso por la persona jurídica.

La prueba de la existencia de un programa de cumplimiento eficaz no debe limitarse a su mera existencia o eficacia formal, sino que, como ha dicho el Tribunal Supremo, debe servir para crear una verdadera cultura de cumplimiento normativo en la empresa. De esta forma, será necesario que el programa sea comunicado a los empleados y que estos reciban la formación adecuada para la correcta y verdadera implantación del modelo en la entidad. Y esto será un elemento clave en la prueba de los modelos, ya que de no haber sido correctamente comunicado, el programa, por muy eficazmente que se haya preparado, no dejará de ser un elemento meramente estético que no permitirá excluir de responsabilidad a la persona jurídica. Tal función puede ser desempeñada por el propio órgano de cumplimiento o por agentes externos, opción preferida por la Fiscalía en la Circular 1/2016. Lo más adecuado sería documentar por escrito todas las sesiones formativas con su contenido impartidas a los directivos y al personal y la persona o equipo que las impartió para su aportación junto con el programa como prueba documental⁵⁴.

4. Los programas de *compliance* en el proceso penal

Los programas de cumplimiento normativo son uno de los elementos probatorios más relevantes para la persona jurídica pero su presencia no puede tenerse como una prueba absoluta que blinde a la persona jurídica, sino que lo determinante será, como ya se ha dicho, el efectivo cumplimiento de los deberes de supervisión y control de la actividad concreta que puede estar protocolizada o formalizada en un programa de cumplimiento. En un sistema de libertad probatoria como el nuestro, no puede considerarse la implementación de un programa de cumplimiento efectivo sea la única forma de demostrar el control empresarial, sino que valdría cualquier medio de prueba de que ha habido una diligencia debida⁵⁵. El legislador camina sobre una fina línea entre: establecer taxativamente los requisitos a reunir por los programas de cumplimiento, lo que puede llevar a un mero formalismo o implantación cosmética en la empresa; y una regulación demasiado laxa que genere inseguridad jurídica y una gran disparidad de pronunciamientos en los tribunales.

⁵⁴ GIMENO BEVÍA: “La formación y comunicación en compliance y su relevancia como prueba en el proceso penal”, en *Diario La Ley*.

⁵⁵ NEIRA PENA: “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal” en *Política Criminal*, vol.11, n°.22, pág. 487

Partiendo de la propia naturaleza de un programa o modelo de actuación empresarial que contendrá pautas de conducta y de organización de la sociedad, deberá constar por escrito, por lo que su aportación al proceso se realizará como prueba documental, como los códigos éticos, mapa de riesgos delictivos, el organigrama, los protocolos de actuación, los procedimientos para la formación de voluntad de la persona jurídica... Pero esta aportación solamente evidencia la existencia del programa y un indicio a priori de voluntad por parte de la empresa de cumplir con la ley, pero no acredita de forma alguna que ese programa se haya implantado correctamente o esté siendo utilizado eficazmente para la prevención de delitos. Para probar esto último, que es lo que realmente eximirá de responsabilidad a la persona jurídica, se podrán aportar como pruebas los registros de actividades de compliance llevadas a cabo en la entidad: la formación sobre el programa de empleados y directivos, la información recabada a través de los canales de denuncia, la documentación de las investigaciones internas realizadas, informes de auditoría interna, revisiones y actualizaciones del modelo... Es decir, ir preconstituyendo prueba para, de darse el caso, disponer de suficiente documentación que acredite que existe un programa de cumplimiento adecuado y adaptado a la empresa en previsión del delito cometido y que ese programa está siendo aplicado en la empresa⁵⁶.

Es evidente que quien posee toda la documentación relativa a los programas de cumplimiento es la propia persona jurídica investigada y en su derecho está aportarlos al proceso como prueba en su defensa. La acusación podrá solicitar su aportación pero la sociedad, en ejercicio de sus derechos fundamentales a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, no tiene la obligación de aportar tal información, ya que el art. 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser aplicado en el proceso penal y por tanto no podrá incurrir en un delito de desobediencia por muchos mandatos ilegítimos que el órgano judicial le haga. En la acusación recae, con la dificultad probatoria que ya advertía la Fiscalía, la prueba de la no existencia, inadecuación o ineficacia del programa y para ello deberá solicitar al juez el nombramiento de un perito judicial con acceso a la empresa y su información para tener un informe que pueda usar como prueba de cargo contra persona jurídica, pero en ningún momento le será exigible a esta una colaboración activa en la investigación como puede ser la aportación documental. La negativa a aportar el programa tampoco puede considerarse como un indicio de culpabilidad como ya han sentenciado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en

⁵⁶ NEIRA PENA: “La efectividad de los criminal...” cit. ant. Págs. 489 y 490.

casos en los que el acusado se negó a declarar. Pero esas mismas sentencias sí que defienden la condena cuando hay pruebas de cargo suficientes para enervar la presunción de inocencia que se ven reforzadas precisamente por la ausencia de explicaciones del acusado; es el caso de encontrarse grandes cantidades de dinero u otros bienes o droga de las que el acusado debería ser capaz de dar una explicación legal (STEDH de 8/02/1996, STS de 25/07/2013, STC de 24/07/2000). Pero, insisto, solamente cuando los hechos constitutivos de delito partan de hechos plenamente probados o indicios que de forma coherente, lógica y racional lleven a la conclusión de culpabilidad⁵⁷.

Para reforzar la prueba de que el modelo de cumplimiento es eficaz y se ha implantado y ejecutado eficazmente, será conveniente la proposición de pruebas periciales y testificales para valorar la incidencia real del programa en la empresa, la formación de la que disponen los trabajadores y sobre todo, la actuación llevada a cabo ante el delito concreto por el cual la persona jurídica está siendo juzgada. Obvio que los trabajadores que de alguna forma han tenido noticias de la comisión del delito y han sido testigos de él y/o de la actuación de la empresa para evitarlo o mitigar sus efectos podrán ser llamados por las partes a comparecer en calidad de testigos. También será relevante la declaración como testigos de los órganos de administración, cuando no sean parte del mismo u otro proceso penal, para aclarar las labores de vigilancia y control desempeñadas sin olvidar el problema que esto puede suponer en relación con el nombramiento del representante legal de la empresa.

También se puede aportar al proceso penal informes periciales como prueba sobre la existencia y vigencia de un modelo eficaz de prevención y control de delitos. Estos peritos, a falta de una regulación específica o titulaciones o Registros de expertos en *compliance*, serán como todo perito, profesionales con conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia. Para emitir su dictamen, deben tener acceso al programa y al resto de la documentación de la sociedad y al personal de la persona jurídica para poder determinar los requisitos que en la práctica reúne el modelo (si es que lo hay) para que el juez valore si es realmente idóneo y eficaz. La necesidad de tener acceso a datos tan importantes y restringidos de una empresa puede suponer un problema probatorio cuando el Tribunal Supremo ha hecho recaer la carga de la prueba

⁵⁷ MAGRO SERVET: “¿Es válido que el juez inste el requerimiento de documentos al investigado en el proceso penal a instancia de la acusación?”, en *Diario La Ley*, nº 9602, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2020.

en la acusación; es por ello que los jueces penales deberían disponer de unos equipos de peritos expertos en compliance para ser designados como perito judicial previa petición de prueba por la acusación o admitir directamente el propuesto por ella⁵⁸. Una posición intermedia, de testigos-peritos, adoptarán los expertos que hayan participado de alguna forma en el programa, caso de los que lo elaboraron, certificaron o incluso el *compliance officer*, interrogatorio que puede ser de gran utilidad para esclarecer lo realizado en compliance en el caso concreto pero también que puede llevar a la recusación del testigo incluso para las preguntas técnicas por tener un interés en la causa⁵⁹.

5. La relevancia procesal de las pruebas obtenidas en investigaciones de compliance

Toda investigación interna de la empresa puede ser relevante a los efectos de un proceso penal contra la persona jurídica, porque permitirá acreditar la existencia o inexistencia del delito base, la persona física responsable y la existencia e implantación eficaz de un programa de cumplimiento normativo con las consecuencias ya estudiadas. Además de que evidenciaría que el programa de cumplimiento está realmente implantado en la empresa, actuando en su día a día y siendo supervisado por el órgano encargado, demostrando que realmente hay una cultura de cumplimiento del Derecho y no hay ningún defecto estructural al respecto.

A lo largo de la vida de una persona jurídica y durante su actuación en el mercado se pueden llevar a cabo diferentes investigaciones de compliance con la finalidad de evaluar el nivel de eficacia del programa de cumplimiento, su necesidad de actualización, descubrir eventuales infracciones legales y sus responsables y, en última instancia, obtener pruebas para colaborar con las autoridades de forma que se permita la atenuación de la pena o exclusión de la responsabilidad de la sociedad. De hecho constituye parte del derecho de defensa la posibilidad de poder recabar material probatorio o realizar las actividades que se consideren convenientes para una mejor

⁵⁸ MAGRO SERVET: “Viabilidad de la pericial de compliance para validar la insuficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”, en *Diario La Ley*, Nº 9337, Sección Doctrina, 15 de enero de 2019.

⁵⁹ GONZALEZ CANO: “La prueba sobre la infracción de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Especial consideración de los programas de cumplimiento penal”, en GOMEZ COLOMER (director): Tratado sobre “compliance” penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág. 882.

estrategia de defensa, sin olvidar que no existe una obligación de denuncia más allá de la genérica contenida en el art. 259 LECrim⁶⁰.

Las investigaciones internas llevadas a cabo por el *compliance officer* o en su defecto por el órgano de administración pueden dividirse en investigaciones preventivas, confirmatorias, o defensivas⁶¹. Las primeras van encaminadas a comprobar el funcionamiento de los sistemas de prevención de delitos; las confirmatorias son las realizadas para confirmar la existencia de un delito a raíz de una denuncia recibida en un canal de denuncias o apreciado en una investigación preventiva y que pueden llevar a un proceso penal contra la persona física; y las investigaciones defensivas son las realizadas por el órgano de cumplimiento después del inicio de un proceso penal para obtener evidencias probatorias del delito cometido para diseñar la estrategia de defensa u obtener ventajas como el atenuante del art. 31 quater 1ª al aportar material nuevo y decisivo o la exclusión de responsabilidad al probar que la conducta se ha realizado eludiendo los controles de vigilancia y gestión. Estas investigaciones carecen de una legislación propia a pesar de venir en cierto modo obligadas por el propio Código Penal, pero parece lógico afirmar que deben cumplir con altos valores éticos y exigencias legales, ya que de nada sirve obtener pruebas mediante un proceso injusto que vulnere derechos fundamentales⁶².

Para realizar sus investigaciones el *compliance officer* posiblemente accederá, entre otros elementos, a correos electrónicos y otros medios de comunicación de los que sospecha son responsables del delito cometido, lo que puede suponer una vulneración de derechos fundamentales de la concreta persona física. La legislación laboral ha previsto ciertas intromisiones en los derechos de los trabajadores: el art. 18 ET prevé registros en la persona o efectos del trabajador para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores; y el art. 20.3 ET permite al empresario adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. La jurisprudencia ha reconocido el derecho de la empresa a acceder a los ordenadores o teléfonos puestos a disposición del trabajador siempre que se cumplan determinadas condiciones, para investigar el

⁶⁰ NIERTO MARTÍN, ET AL: “Manual de cumplimiento penal en la empresa”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pág. 264.

⁶¹ COLOMER HERNÁNDEZ: “Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso de penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas de compliance”. En GOMEZ COLOMER (director): *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, págs. 609 y ss

⁶² NIETO MARTÍN, ET AL: “Manual de cumplimiento...” *cit. ant.*, pág. 234.

cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del trabajador y fundamentar medidas disciplinarias contra él. Por tanto, nada parece impedir que el *compliance officer* afecte a los derechos fundamentales (principalmente secreto de las comunicaciones e intimidad) en el marco de una investigación preventiva al tener estas un carácter meramente interno y sus consecuencias limitarse a sanciones disciplinarias de un concreto trabajador. Sin embargo, estas facultades exorbitantes⁶³ no van a ser aplicables a las investigaciones confirmatorias o defensivas.

El cumplimiento de la legislación laboral y los derechos de los trabajadores es la base de cualquier investigación llevada a cabo sobre un trabajador, pero en el ámbito penal no se contienen excepciones que permitan la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores por parte de la empresa para esclarecer delitos cometidos por ellos. A pesar de intentar incentivar una colaboración público-privada entre las autoridades estatales y la empresa, el legislador ha mantenido un sistema de garantías para que esta última realice sus investigaciones, como son todas las garantías básicas del derecho penal, el cumplimiento de los derechos fundamentales para la obtención de las pruebas, la preservación de la investigación interna sin que las autoridades judiciales puedan utilizarla contra la voluntad de la persona jurídica⁶⁴... Es más, incluso ha recogido nuevas previsiones en salvaguarda de derechos fundamentales como los arts. 588 *sexies* a) y b) LECrim que exigen autorización judicial para el acceso al contenido de ordenadores, smartphones o dispositivos de almacenamiento masivo. Por tanto, en el marco de investigaciones sobre posibles delitos llevadas a cabo en la empresa, se deberán respetar todos los derechos fundamentales sin que puedan aplicarse las disposiciones de la legislación laboral. De lo contrario, los resultados obtenidos en las investigaciones no podrán ser utilizados como prueba en el proceso, ni para condena de la persona física ni para exonerar a la jurídica, en aplicación del art. 11.1 LOPJ analizado al hablar de la prueba ilícita.

Y además es indiferente que la vulneración se haya hecho en investigaciones preventivas, confirmatorias o defensivas, porque la vulneración del derecho es la misma y su finalidad siempre será la de preconstituir prueba -cumpliéndose así con la regla que excluye la aplicación del art. 11.1 LOPJ establecida a raíz del caso Falciani-. Solamente

⁶³ COLOMER HERNÁNDEZ: “Régimen de exclusión probatoria de las evidencias obtenidas en las investigaciones del compliance officer para su uso en un proceso penal”, en *Diario La Ley*, Nº 9080, Sección Doctrina, 14 de noviembre de 2017.

⁶⁴ NIETO MARTÍN, ET AL: “Manual de cumplimiento...” *cit. ant.*, pág. 261.

se podrá vulnerar los derechos de los trabajadores en el marco de investigaciones preventivas a los efectos de interponer sanciones disciplinarias por incumplir un programa de compliance al estar previsto en los arts. 18 y 20.3 ET, pero no para su uso en el proceso penal. Así lo dijo la STS 528/2014, de 16 de junio: *“bien claro ha de quedar que en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial”*. Se quiere negar cualquier habilitación para que un particular pueda restringir derechos fundamentales en el desarrollo de una investigación privada por mucho que sea un órgano de la empresa propietaria de los medios o instrumentos de comunicación usados por el presunto trabajador delincuente⁶⁵.

⁶⁵ COLOMER HERNÁNDEZ: “Derechos fundamentales y valor probatorio en el proceso de penal de las evidencias obtenidas en investigaciones internas de compliance”. En GOMEZ COLOMER (director): *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pág. 632

VII. EL FUTURO DEL PROCESO PENAL CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS

La revelación a las autoridades de la comisión de delitos en el seno de las personas jurídicas por personas que integran la organización o por terceros es uno de los principales y más sencillos medios de conocer delitos por parte de la Justicia. Los delitos cometidos por personas jurídicas son de difícil descubrimiento por parte de las autoridades en numerosas ocasiones, ya sea por falta de documentación de las actividades ilegales o la confidencialidad y ocultamiento de tal documentación, la propia forma oculta de realizar las actividades ilícitas o la falta de medios de las Administraciones. Por tanto, contar con medios de averiguación directos y sencillos, que además aporten medios de prueba, es de una gran utilidad para las autoridades y socaba la confianza de la empresa en no ser descubierta. Por ello, figuras como el delator (*whistleblower*) cada vez tienen una mayor importancia en el proceso penal, por lo que se va a proceder a estudiar esta figura, su intervención y estatus en el proceso penal, las consecuencias a las que se enfrenta por su denuncia y la admisibilidad de las pruebas que puede aportar.

1. La configuración del whistleblower actual y futura

1.1. Los modelos de whistleblowing

De entre las diferentes definiciones que diversos autores han dado de *whistleblowing*, considero la más completa la de PÉREZ TREVIÑO⁶⁶: “la revelación deliberada de información acerca de actividades no triviales que se creen peligrosas, ilegales, inmorales, discriminatorias o que de alguna manera incluyen una infracción en una organización, siendo tal revelación llevada a cabo por miembros actuales o pasados de la organización, que no tienen deberes de información o de vigilancia, y pudiendo ir dirigida a órganos de la propia organización o a terceras partes”. Y el *whistleblower* sería aquella persona que revela la información, que en español podría traducirse como delator o alertador. La figura del *whistleblower* siempre ha sido de suma importancia en un proceso penal, generalmente a través de la prueba testifical y los documentos que aporta, al poner en conocimiento de las autoridades investigadoras primero y enjuiciadoras después, hechos de los que de otra forma no hubieran tenido conocimiento. Tradicionalmente han sido fundamentales en la lucha contra el crimen organizado, pero

⁶⁶ MARTINEZ SALDAÑA: “La protección del whistleblower: análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos tras la publicación de la Directiva (UE) 2019-1937”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Pág. 19

en los últimos años es innegable su conveniencia en los delitos cometidos por las personas jurídicas, que no dejan de ser sujetos organizados.

Casos mediáticamente muy sonados y de gran repercusión social y política para nuestro país han evidenciado la importancia de la figura del delator, como los casos Gal, Filesa, Noos, ERE en Andalucía, y la actual y parece que sin fin trama Gürtel; y también han constatado la necesidad de su protección, ya que en todos ellos sufrieron represalias. El Estado, consciente de esta realidad a la que no le dedica suficiente esfuerzo legislativo, debe decidir y ponderar entre el alcance de los beneficios procesales y legales que pueden percibir los delincuentes que descubren las tramas en las que han participado y la lesividad que esas redes delictivas o actividades en las que han participado presentan para la sociedad. Los beneficios además pueden ser materiales, de forma que se atenúe la pena impuesta por los delitos que ha cometido o se le excluya de ser penado en una especie de adaptación penal de los programas de clemencia cada vez más implementados en el derecho administrativo sancionador; o procesales mediante el principio de oportunidad que permita no acusar a quien ha destapado la actividad ilegal⁶⁷. De esta forma se pueden distinguir los sistemas de *whistleblowing* no incentivado, en los que el Estado no recompensa al delator más allá de posibles beneficios mencionados, porque se entiende que su actuación es la debida, pero en los que sí que debe primar una amplia protección para evitar represalias; de *whistleblowing* competitivo, en los que solamente se otorgarán los beneficios o se premiará al primero de los participantes en la actividad ilegal que presente pruebas suficientes a las autoridades, en la línea que se hace en el derecho administrativo o de la competencia con los programas de clemencia, de forma que se debilita la confianza en la que se basan estos grupos; o el *whistleblowing* incentivado, presente en Estados Unidos para determinados delitos, donde el delator se puede personar incluso como acusación en el proceso y obtener un porcentaje de la sanción económica impuesta a la compañía delincente, pero que solamente obtendrá beneficios o garantías de protección en el caso de que la entidad sea condenada⁶⁸. El caso más claro al respecto es el caso Birkenfeld, banquero condenado en 2009 a 2 años de prisión en Estados Unidos por fraude fiscal pero recompensando con 104 millones de dólares de los 780 millones de multa al banco UBS porque sin su ayuda el escándalo no

⁶⁷ ORTIZ PRADILLO: “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, en *Diario La Ley*, N° 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015, Ref. D-235.

⁶⁸ Véase GARCÍA MORENO: “*Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

hubiera sido destapado. En España, la Organización de Inspectores de Hacienda planteó la posibilidad de que la AEAT pudiera ofrecer recompensas a los ciudadanos para mejorar la eficacia de sus actuaciones⁶⁹.

En nuestro sistema legal la figura del delator no está regulada expresamente, ni en cuanto a su estatus, su protección ni mucho menos su anonimato a la hora de denunciar hechos y aportar pruebas, por lo que las trabas a las que se enfrenta el delator por cumplir con su deber de denunciar son tan grandes que en más de una ocasión seguro que nuestro sistema está inclinando la balanza hacia el lado de la ocultación. Y es que precisamente nuestro ordenamiento jurídico sigue configurando la denuncia como un deber ciudadano completamente altruista con tan arcaica percepción, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone todavía la multa de 25 a 250 pesetas a quien presenciare un delito y no lo denunciare (art. 259 LECrim); aunque en el ámbito Administrativo se está avanzando en este aspecto a través de los programas de clemencia.

1.2. El whistleblower en la actualidad

Es comprensible que a aquella persona que pertenece a una organización o empresa y conoce que en ella se están cometiendo ilegalidades le preocupen tanto las consecuencias que pueda tener para su persona la comisión de tales irregularidades como la eventual denuncia que haga sobre ellas, máxime si ha participado de alguna forma en la concreta actuación ilícita. Porque de su participación en el delito puede obtener una condena en su contra, pero de la denuncia puede obtener, aunque no haya participado en los hechos y no sea condenado penalmente, consecuencias negativas en el ámbito laboral principalmente, sin excluir el riesgo personal que puede suponer la denuncia de actividades de determinadas organizaciones o corporaciones. La Comisión Europea puso cifras a distintos aspectos de *whistleblowing* en una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo en 2018 sobre la protección de los denunciantes en la UE en lo que sería la antesala de una Directiva sobre el tema. En dicha comunicación se indica que según el Eurobarómetro de 2017 en torno a uno de cada tres europeos (29%) considera que no debería denunciarse la corrupción ya que no hay protección para quienes denuncian, con el miedo a consecuencias legales y financieras como la principal razón por la que los trabajadores no denuncian

⁶⁹ GIMENO BEVÍA: “De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”, en *Diario La Ley*, N° 9139, Sección Tribuna, 14 de Febrero de 2018.

irregularidades. La falta de utilidad de la denuncia también se alza como una razón común para no denunciar, ya que el 45% de los encuestados alega la dificultad para presentar pruebas y un 32% que incluso habiéndolas, los responsables no serían castigados. También es patente el fracaso de los Estados al pretender construir una cultura de cumplimiento cuando, por ejemplo España, se ha centrado más en la penalización que en medidas de fomento o concienciación, porque el 49% de los encuestados en el Eurobarómetro de 2017 no sabrían dónde denunciar la corrupción y tan solo un 15% conocían las normas existentes sobre protección de los denunciantes de su país. Más preocupante es que la encuesta *Global Business Ethics Survey* de 2016, hecha en trece países muy diversos, arrojó que el 33% de los trabajadores habían tenido conocimiento de faltas, el 59% las denunciaron y el 36% de estos denunciantes sufrieron represalias. Y si acudimos directamente al Eurobarómetro, vemos como el 81% de los encuestado que presencié prácticas de corrupción no las denunció frente a solo un 18% que sí que lo hizo⁷⁰.

Una de las formas más efectivas de garantizar la indemnidad del whistleblower sería la posibilidad de formular denuncia y aportar los elementos de prueba de forma completamente anónima. Esto está descartado en nuestro sistema. El art. 62.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, impone que las denuncias deberán expresar la identidad de las personas que las presentan. La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social tampoco permite las denuncias anónimas (art. 20.5) aunque es cierto que en 2013 ya se creó un buzón anónimo para luchar contra el fraude, actualizado en el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020. En el ámbito penal, el art. 268 LECrim impone al órgano o autoridad que reciba la denuncia la identificación del denunciante y la jurisprudencia propia y europea han afirmado con rotundidad la vulneración que supone del derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa el uso como prueba de cargo de las declaraciones del confidente sin poder ser sometidas a contradicción e interrogatorio por la defensa⁷¹. La denuncia anónima podría servir para el inicio de actuaciones de investigación por parte de las autoridades pero no podrá ser utilizada como prueba de cargo en un proceso penal salvo

⁷⁰ Special Eurobarometer 470, about corruption, October 2017. <https://bit.ly/2X0EmiZ>

⁷¹ ORTIZ PRADILLO: “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, en *Diario La Ley*, Nº 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015, Ref. D-235.

que lo declarado por el *whistleblower* sea ratificado y sometido a contradicción en el juicio oral.

Visto que debería comparecer como testigo, no presentaría mayores problemas la consideración de testigo protegido al delator que no ha participado en los hechos. Sin embargo, estas personas pueden verse sometidas a un proceso en su contra por la comisión de un delito por la forma de obtener pruebas o el mero hecho de revelar el delito. El sentido de las resoluciones judiciales es un tanto confusa aunque el caso Falciani, del que luego se hablará, ha servido para sentar ciertas bases. La Audiencia Nacional, en su Auto 19/2013 (caso Falciani), niega que éste haya cometido un delito contra la intimidad porque la información fiscal extraída evidencia actividades delictivas y por tanto no puede estar amparada por el derecho a la intimidad, máxime cuando los contribuyentes españoles están obligados a revelar esas informaciones al fisco. En la STS 778/2013, de 22 de octubre, el Alto Tribunal tampoco consideró ilícita la revelación del delito, pero sí la obtención de información que realizó el cirujano apropiándose incluso de datos de otros colegas de profesión para demostrar la estafa a cientos de pacientes de la compañía dermoestética para la que trabajaba⁷².

Es previsible que en la práctica común sea uno de los participantes en la actividad delictiva quien decida confesar y colaborar con las autoridades por lo que, a falta de una previsión expresa del principio de oportunidad en este sentido, tendrá carácter de coimputado, dificultándose soberanamente la consideración de testigo protegido y la garantía de su anonimato frente al resto de acusados. Escasos serán los beneficios procesales con los que cuente y tampoco hay previsiones legales que permitan excluirle o rebajarle la pena para cualquier delito por el mero hecho de colaborar. El Código Penal recoge la posibilidad de que el juez rebaje la pena o incluso excluya la responsabilidad del partícipe de algunos delitos por el hecho de cesar la actividad (art. 480 CP para el delito de rebelión, art. 376 CP para los delitos contra la salud pública, art. 570 quáter CP para los integrantes de organizaciones y grupos criminales); pero fuera de estos supuestos difícilmente se podrá lograr una rebaja sustancial de la pena para el delator más allá de acordar el límite mínimo a la hora de individualizar la pena. Sí que le sería de aplicación, a pesar del tenor literal del art. 21.4º CP, el atenuante de confesión aun cuando el proceso

⁷² GARCÍA MORENO: “*Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020. Pág. 182.

en su contra ya hubiera comenzado y confiese en fase de instrucción atendiendo a razones de política criminal facilitando la investigación⁷³.

El Tribunal Supremo obra con mucha cautela a la hora de apreciar las pruebas facilitadas por el delator coimputado y su declaración, ya que en general las declaraciones de coimputados no constituyen pruebas de cargo salvo que sean corroboradas por otras pruebas o indicios⁷⁴. El Tribunal Supremo para valorar las pruebas tiene en cuenta⁷⁵: a) personalidad del delincuente delator y relaciones que, precedentemente, mantuviese con el designado por él como copartícipe; b) examen riguroso acerca de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables -venganza, odio personal, resentimiento, soborno, mediante o a través de una sedicente promesa de trato procesal más favorable, etc.- que, impulsando a la acusación de un inocente, permitan tildar el testimonio de falso o espurio, o, al menos, restarle fuerte dosis de verosimilitud o credibilidad; c) que no pueda deducirse que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de exculpación. La excesiva importancia que da el tribunal a los ánimos meramente subjetivos que puede tener una persona a la hora de delatar, incluso aunque no pretenda venganza sino actuar correctamente y beneficiarse de una rebaja en la pena, es en mi opinión una muestra más de la percepción que se tiene de la denuncia como un deber no merecedor de premio pero que se autocontradice con una aparente presunción de que aquel delincuente que colabora lo hace solamente por motivos espurios y de venganza contra sus antiguos socios. Es necesario un cambio de mentalidad por parte del Tribunal Supremo si se quiere incentivar el *whistleblowing*.

Por tanto, pocos incentivos puede encontrar hoy el personal de una empresa para denunciar interna o externamente las irregularidades de las que ha tenido conocimiento porque, a pesar de determinadas resoluciones judiciales en el ámbito laboral a favor de la nulidad del despido⁷⁶, los trabajadores siguen sufriendo consecuencias como demuestran los casos de Ana Garrido, denunciante de la trama Gürtel; de Azahara Peralta, informante del caso Acuamed de corrupción en obras públicas; del teniente Luis Gonzalo

⁷³ ORTIZ PRADILLO: “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, en *Diario La Ley*, Nº 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015, Ref. D-235.

⁷⁴ GARCÍA MORENO: “*Del Whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, pág. 80.

⁷⁵ STS 29 de octubre de 1990 (ECLI: ES:TS:1990:7736)

⁷⁶ Sirva de ejemplo la STSJ Valencia 1054/2019, de 2 de abril; la STC 146/2019, de 25 de noviembre; o las más antiguas STSJ País Vasco 12/07/2005 y STSJ Andalucía 02/10/2007.

Segura, que denunció casos de corrupción en el Ejército⁷⁷. Y menos motivos tendría aún en el caso de que haya participado en dichas actividades porque se enfrentará seguramente a un proceso penal en su contra, con una difícil carga probatoria, escasos beneficios penales y procesales y por seguro, consecuencias laborales. Sería necesario, para la correcta persecución de estos delitos, un cambio legislativo y jurisprudencial de la figura del denunciante en el proceso penal, otorgándole la protección que se merece quien desiste en su actividad y colabora para la averiguación de delitos, en la línea que se hace en el procedimiento administrativo europeo y nacional como por ejemplo, el art. 62.4 LPAC, que recoge la exención de multa al denunciante que primero aporte elementos de prueba que la Administración en ese momento no disponía y que permiten iniciar el procedimiento sancionador.

1.3. El futuro cercano del whistleblower

Consciente de la gran importancia que tienen los delatores para averiguar delitos cometidos en el seno de las empresas y que sin una adecuada protección escasean, la Unión Europea ha aprobado la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (en adelante, la Directiva). Entró en vigor el 16 de diciembre de 2019 y los Estados Miembros tienen hasta el 17 de diciembre de 2021 para transponerla, aunque las previsiones legales para las personas jurídicas de entre 50 y 249 trabajadores se pueden retrasar hasta el 17 de diciembre de 2023⁷⁸.

El ámbito de aplicación material de la Directiva son las infracciones del Derecho de la Unión referenciados en el artículo 2, entre los que se pueden citar a modo de ejemplo, la contratación pública, servicios y productos de mercados financieros y prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, protección del medioambiente, protección de consumidores, infracciones que afecten a intereses financieros de la Unión e infracciones relativas al mercado interior. Pero la Directiva aprovecha la ocasión, en lo que parece una invitación, para indicar que los Estados

⁷⁷ RAGUÉS I VALLÈS: “El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937”, en *Diario La Ley*.

⁷⁸ CALVO VÉRGEZ: “Estructura, contenido y alcance de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión”, en *Revista Aranzadi Unión Europea* núm.5/2020. BIB 2020/11228.

miembros pueden ampliar la protección de su Derecho nacional a otros ámbitos (art. 2.2). Una buena oportunidad para una regulación completa de la figura del *whistleblower*.

Para ser merecedor de las normas de protección de la Directiva es necesario que el denunciante (art. 4) haya obtenido la información en un contexto laboral en sentido amplio, ya que se aplicará a los trabajadores asalariados aunque hayan finalizado su relación laboral o todavía no haya empezado, accionistas y administradores, voluntarios remunerados o no, trabajadores en prácticas, trabajadores autónomos que tienen relación con la empresa investigada; en definitiva, cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores, otorgando protección a todo sujeto que pueda recibir represalias en el ámbito laboral, incluyéndose a sus compañeros de trabajo y familiares que puedan también sufrir las represalias⁷⁹.

Además de tener que estar dentro del ámbito de aplicación material y personal mencionados, el denunciante tiene que cumplir las condiciones del artículo 6 de la Directiva para que se despliegue su protección: a) tengan motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia y que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva, y; b) hayan denunciado por canales internos conforme al artículo 7 o por canales externos conforme al artículo 10, o hayan hecho una revelación pública conforme al artículo 15. Esto nos lleva directamente a los distintos tipos de denuncias admitidas, que en cualquier caso la Directiva deja a decisión de los Estados la admisión o no de denuncias anónimas.

Una vez establecidos los requisitos anteriores, la revelación de la información se debe hacer siguiendo determinado procedimiento a través de los canales también previstos en la Directiva. La voluntad del legislador europeo es que se utilicen primero los cauces de denuncia internos de cada empresa siempre que se pueda tratar la infracción de forma efectiva y que el denunciante tenga por seguro que no sufrirá represalias (art. 7 Directiva), es decir, siempre que la empresa tenga un verdadero compromiso con el cumplimiento normativo. Para ello, y a diferencia del legislador español –aunque la Fiscalía sí lo recogía en la Circular 1/2016- la Directiva impone el establecimiento de canales de denuncia en las empresas de más de 50 trabajadores para los empleados y cualquier persona que tenga una relación con ellas en los términos arriba mencionados.

⁷⁹ CALVO VÉRGEZ: “Estructura, contenido y alcance...” *cit.ant.*

Además de las mayores de 50 trabajadores, los Estados pueden obligar a disponer de ellos a empresas según el riesgo que entraña su actividad, en especial para el medioambiente y la salud pública. Otras empresas de menos de 50 trabajadores que ya vienen obligadas a tener esos canales son las que entran en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en materia de servicios y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, seguridad del transporte o protección del medio ambiente⁸⁰. Los canales de denuncia deberán garantizar la confidencialidad de la identidad del denunciante, tener una persona o departamento competente para seguir las denuncias, que debe comunicar la recepción de la misma al denunciante en 7 días y darle respuesta en un plazo de tres meses (arts. 7 a 9 Directiva).

Los sujetos amparados por esta Directiva también pueden denunciar directamente ante las autoridades autónomas e independientes que los Estados tienen que habilitar al efecto reuniendo los requisitos expuestos en los artículos 10 a 14. Entre ellos, destacar que deben garantizar la confidencialidad de la información, informar al denunciante del procedimiento, de las condiciones para acogerse a la protección de la Directiva y procedimiento frente a represalias, asesoramiento confidencial. Se prevé que si se recibe una denuncia ante la autoridad no competente, sea la administración receptora quien confidencialmente remita la cuestión a la autoridad competente. Para evitar tales problemas, sería recomendable establecer una agencia de denuncias única, una especie de ventanilla única, para recepción de todas las denuncias y que sea ésta la que la derive a la autoridad competente, porque es de suponer que la investigación de los hechos se hará por la agencia materialmente competente (materia fiscal, medioambiental, derechos laborales...) ⁸¹. Por último, la Directiva abre la posibilidad a denunciar los hechos públicamente a través de medios de comunicación por ejemplo siempre que la persona haya denunciado los hechos por los canales internos y/o externos y no se hayan tomado medidas apropiadas en los plazos establecidos; o tiene motivos razonables para pensar que la infracción constituye un peligro inminente o manifiesto para el interés público (emergencias), o la denuncia externa ante las autoridades estatales no va a tener un tratamiento efectivo por circunstancias concretas del caso ⁸².

⁸⁰ AMÉRIGO ALONSO: “Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing”, en *Diario La Ley*, N° 9699, Sección Tribuna, 18 de septiembre de 2020.

⁸¹ AMÉRIGO ALONSO: “Los retos de la transposición de la Directiva...” *cit. ant.*

⁸² Al respecto se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 126/2003, de 30 de junio, al rechazar la pertinencia de una denuncia en varios medios de un empleado de una empresa de explosivos sobre la

Los Estados miembros deben velar porque no se revele la identidad del denunciante salvo que así lo exija el Derecho nacional o de la Unión por la investigación que se está llevando a cabo o garantizar el derecho de defensa en un procedimiento judicial. Las medidas de protección que deben ofrecer los Estados se encuentran reguladas en los artículos 19 y siguientes de la Directiva, que no vamos a reproducir por no extender innecesariamente este trabajo. Pero una mención especial merecen las previsiones del artículo 21 por su naturaleza procesal. Protegen al denunciante de posibles responsabilidades por la obtención o difusión de la información, que son realmente las consecuencias penales que puede sufrir un delator como ya se ha evidenciado en este trabajo. El apartado segundo establece que no se considerarán infringidas restricciones de revelación de información y no incurrirán en responsabilidad quienes hayan comunicado información siempre que “tuviera motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria”. El apartado tercero indica: “Los denunciantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito”. Y el apartado quinto establece una presunción de que los perjuicios sufridos por un denunciante se presumen como represalias por denunciar, debiendo ser la persona que haya tomado la medida perjudicial quien deba justificarla.

En conclusión, el tratamiento actual de los *whistleblowers* no es especialmente beneficioso para ellos ni incentiva las denuncias. Es deseable que el legislador aproveche la obligación impuesta por la Unión Europea y establezca un verdadero estatuto integral de protección de *whistleblowers*, facilitando su actuación de denuncia y garantizándole indemnidad laboral, personal y penal (salvo comisión de delito, para lo cual es aconsejable facilitarle asesoramiento previo). Una regulación sencilla de comprender pero completa que incentive la denuncia, acompañada de una gran campaña de publicidad de los nuevos mecanismos, beneficios de la denuncia y del deber de toda persona de denunciar. El legislador no se debería olvidar de los delatores que han

seguridad de los detonadores, sin dar la oportunidad a la empresa de tomar las medidas oportunas: “la subsanación de las deficiencias que en su opinión padecía el proceso productivo, no hacía necesario que las informaciones difundidas alcanzasen la reiteración, la trascendencia y notoriedad públicas que obtuvieron ni, dada su gravedad, debía considerarse medio adecuado para su conocimiento la publicación en medios de comunicación de difusión nacional y local. En condiciones como las concurrentes, el ejercicio del derecho a la libertad de información recomienda no utilizar cauces informativos que por su trascendencia y repercusión sociales, además de innecesarios para el cumplimiento de los fines pretendidos, pueden ocasionar un perjuicio excesivo para una de las partes”.

participado en la actividad delictiva y que denuncian aportando pruebas autoincriminatorias que actualmente se enfrentan a un proceso en su contra con escasas ventajas. En mi opinión, se debería crear un estatuto jurídico distinto dentro del derecho procesal para estas personas o incluso ir más allá y mediante el principio de oportunidad excluirlas del proceso penal; y si es mediante medidas de derecho material, excluir de pena al primer denunciante que aporte pruebas de la actividad ilegal como ocurre con los programas de clemencia, donde se ha visto la gran utilidad de esta medida. Mejor un arrepentido impune que muchos culpables.

2. La prueba ilícita en el proceso penal

El análisis de la figura del *whistleblower* que se acaba de realizar lleva inevitablemente a pensar en la utilización en el proceso de las pruebas que ellos, u otras personas ajenas a la organización, obtengan. Porque las pruebas podrán haber sido obtenidas por medios legales, al estar en posesión lícita del denunciante y tener este la obligación legal de comunicarlo a las autoridades, o haber sido obtenidas violando derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones o el recientemente formulado derecho al entorno digital) y por tanto no poder ser aportadas en un principio al proceso penal como prueba de cargo contra la persona jurídica ex art. 11.1 LOPJ: *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*.

2.1. Estatuto general de la prueba ilícita penal

Con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el legislador positivizó la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, de una forma extensiva porque recoge también la vulneración indirecta de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional nuevamente se pronunció sobre la cuestión (STC 85/1994, de 14 de marzo), esta vez aplicando el artículo, para negar el uso como prueba de la droga obtenida como consecuencia indirecta de una escucha policial ilegal, asumiendo una posición altamente garantista de los derechos fundamentales a pesar de extraer la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos y cuyo fundamento principal era evitar los excesos en las investigaciones policiales más que una garantía absoluta de derechos fundamentales. Sin embargo, consciente de los numerosos

problemas que puede suponer una teoría absoluta de los frutos del árbol envenenado⁸³, fue estableciendo determinadas excepciones sobre la ilicitud de la prueba, cuya interpretación extensiva por parte de los tribunales conlleva el riesgo de vaciar de contenido el artículo 11 LOPJ y el derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Se exponen a continuación brevemente dichas excepciones, deteniéndonos en la última de ellas por su estrecha conexión con la prueba obtenida por los *whistleblowers*:

- La prueba jurídicamente independiente o la confesión voluntaria del investigado: para que la prueba indirecta esté contaminada es necesario que entre esta y la directa obtenida con vulneración de derechos fundamentales haya una relación fáctica/causal. Se apreció en la STC 86/1995, al aceptarse la confesión prestada por el acusado en sede de instrucción y en el juicio oral tras incautarle droga gracias a unas escuchas telefónicas ilegales. Pero, ¿hasta qué punto puede considerarse acorde con los derechos fundamentales la confesión de quien ha sido descubierto mediante una actuación ilegal, que sin ella no hubiera confesado?
- Descubrimiento inevitable: en esta excepción, la relación fáctica o causal anterior se rompe porque los hechos podrían haber sido descubiertos mediante otras diligencias de investigación sin vulneración de derechos (STC 974/1997, donde escuchas ilegales revelaron el punto de intercambio de droga pero fueron detenidos porque estaban sometidos a vigilancia y seguimiento).
- Hallazgo casual: en el desarrollo de una tarea investigadora con respeto de derechos fundamentales por la presunta comisión de un delito, o en la actuación por un delito flagrante, se descubren elementos constitutivos de otro delito. Dichas pruebas podrán ser plenamente usadas como prueba de cargo del nuevo delito descubierto.
- Conexión de antijuridicidad: el TC fue más allá y estableció que entre la prueba ilícitamente obtenida y la refleja tiene que haber una conexión de antijuridicidad para anular esta última, lo que hace recaer el deber de probar la antijuridicidad en el acusado. STC 81/1998: “existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así como la propia entidad objetiva de dicha

⁸³ MUÑOZ CARRASCO: “Análisis del estado actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* num.1/2019. BIB 2018\14697

vulneración”. Este aspecto será tratado más adelante en conexión con el caso Falciani.

- Buena fe: analiza el TC (STC 22/2003, de 10 de febrero) un caso de violencia de género, en el que la policía penetra en el domicilio amparada por la flagrancia del delito y detiene al marido para horas después volver a entrar en el domicilio sin el consentimiento de este, solo de la mujer, encontrando un arma por la que se incoa un procedimiento por tenencia ilícita de armas. Reconoce el Tribunal que la segunda entrada se hizo violando los derechos fundamentales, pero matiza que la policía actuó con convencimiento de estar cumpliendo con ellos: “en casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar”. Una solución que me parece extremadamente peligrosa y ampara la vulneración de derechos por la supuesta convención de correcta actuación de los cuerpos policiales, cuyo deber precisamente es guardar dichos derechos fundamentales y deberían tener suficiente conocimiento de ellos y las reglas procesales para no violarlos.
- Y por último, la prueba obtenida por particulares, que merece un estudio en profundidad.

2.2. Las pruebas obtenidas por particulares: caso Falciani

El caso Falciani se va a tratar en este trabajo porque ha permitido al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la validez de la prueba ilícitamente obtenida por un particular e incluso ir más allá y cambiar la doctrina sobre la prueba ilícita -a pesar de que no era como tal el objeto de los recursos y la ilicitud se cometió en el extranjero-, algo de especial trascendencia para el futuro de los *whistleblowers* y por tanto de la prueba de los delitos cometidos por personas jurídicas.

Hervé Falciani, ingeniero informático del banco HSBC en Suiza, obtuvo datos, con la supuesta intención de venderlos a otras entidades, de miles de contribuyentes de distintos países que presuntamente no habían declarado a sus respectivos fiscos las cantidades que tenían depositadas en el banco. Las autoridades suizas solicitaron la

colaboración de las francesas para la investigación de un delito contra el secreto bancario suizo, para lo cual estas practicaron un registro en el domicilio de Falciani en 2010, donde encontraron los datos bancarios. La Agencia Española de Administración Tributaria solicitó a las autoridades francesas la información relativa a contribuyentes españoles contenida en los datos requisados a Falciani y es a raíz de esta información facilitada por las autoridades fiscales francesas cuando se incoó el procedimiento penal contra el contribuyente defraudador que ha permitido la redacción de las dos sentencias. Posteriormente, detenido Falciani en España por la orden de detención proveniente de Suiza, se negó su extradición mediante auto de 8 de mayo de 2013 de la Audiencia Nacional porque los delitos cometidos en Suiza no son subsumibles en ningún tipo penal español.

El Tribunal Supremo, mediante la sentencia 116/2017, de 23 de febrero, desestimó el recurso interpuesto por el condenado por delitos contra la Hacienda Pública y se pronunció, por primera vez, sobre el valor probatorio de datos bancarios sustraídos de forma ilegítima por un tercero. Analiza en primer lugar el principio de no indagación (fj. 4º) en virtud del cual a las autoridades españolas no les corresponde “*verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras*” y que “*el control de legalidad constitucional y ordinaria que efectúa este Tribunal ha de referirse a la actuación de las autoridades españolas dentro del marco del proceso penal, en sentido amplio, seguido en nuestro país*”. Los tribunales españoles no pueden erigirse custodios de la legalidad de las actuaciones realizadas en otro país de la Unión Europea ni someter las pruebas a contraste con la legislación española, por respeto a la soberanía del otro Estado, la dificultad de comprobar si las diligencias se han practicado en cumplimiento de la ley del otro Estado y el principio de confianza mutua con Estados de la Unión Europea⁸⁴.

Pero lo realmente relevante de esta sentencia son los requisitos que impone el Tribunal Supremo para el uso de una prueba obtenida por particulares. Diferencia entre la vulneración de un derecho fundamental que realiza la autoridad de un Estado en una investigación y la acción vulneradora de un derecho fundamental realizada por un particular sin vinculación con el *ius puniendi* estatal, porque según el TS, lo que prohíbe

⁸⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ: “¿Los Tribunales españoles no deben erigirse siempre en custodios de los derechos fundamentales ante una prueba ilícita en origen? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la licitud de la prueba derivada de la «lista Falciani» (STS núm. 116/2017, de 23 de febrero)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2017. BIB 2017\1111.

el art. 11 LOPJ es la obtención de pruebas en el marco de un proceso penal (fj. 6º). Por tanto, lo relevante será que el particular obre con “*absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas*”, ya que el origen de la regla de exclusión probatoria era introducir un elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Y enfatiza en el fundamento jurídico posterior que las pruebas obtenidas por ciudadanos para su incorporación a un proceso penal con consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales no serán válidas en el proceso penal, salvo ponderación de circunstancias del caso concreto atendiendo a la lesión periférica o del núcleo mismo del derecho fundamental. Pero lo más difícil de entender es la insistencia que hace, para despejar dudas sobre si Falciani obró colaborando con autoridades estatales, en que Falciani obtuvo la información bancaria para obtener un rédito económico (aparentemente intentó venderla a otros bancos) o difundirla para denunciar el fraude fiscal que el sistema bancario ampara. Y esta insistencia a pesar de que el auto de la Audiencia Nacional⁸⁵ confirma que Falciani ha colaborado voluntariamente con varios Estados y ha puesto a su disposición información de los que la Audiencia Nacional excluye móviles económicos o espurios.

No voy a negar la dificultad de un tema que anda en la fina línea que separa el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y el respeto de los derechos fundamentales y la finalidad del proceso penal como medio de restablecer la paz, que se vería completamente mermado con una interpretación literal de la ley (concretamente del art. 11.1 LOPJ) que provocaría una gran impunidad para desconuelo de las víctimas de los delitos. Una prueba ilícita, puede tener, por ejemplo, el efecto de inculpar a una persona y de absolver a la otra; pues bien, en un respeto a los derechos del inocente, dicha prueba debe ser utilizada para su exculpación pero no podrá ser utilizada para la inculpación del verdadero culpable por respeto a sus derechos. Pero es difícil de entender que el Tribunal Supremo insista tanto en esa ausencia de voluntad de uso en el proceso penal al obtener pruebas vulnerando derechos fundamentales, porque está definiendo el uso como prueba de datos que hayan sido obtenidos ilegalmente por particulares para algo tan execrable como su venta (incluso podría constituir delito), pero no de datos obtenidos para ser aportados a un proceso penal⁸⁶. Entre las críticas a esta sentencia, parece

⁸⁵ AAN (Sala de lo Penal, sección 2ª) de 19 de mayo de 2014. ECLI: ES:AN:2014:359A

⁸⁶ RICHARD GONZÁLEZ: “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal”. En *Diario La Ley*, Nº 8946, Sección Doctrina, 22 de marzo de 2017.

adecuado destacar la realizada por RODRIGUEZ RAMOS⁸⁷. Opina el autor que el artículo 11 LOPJ no hace ninguna distinción entre la actuación de particulares o funcionarios porque el quebranto al derecho fundamental se produce igualmente, por lo que la interpretación del precepto es completamente ilegal; el espíritu de la prohibición de la eficacia de la prueba ilícita es defender los derechos fundamentales de la persona y como consecuencia limitar la actuación estatal. Y seguidamente critica también que la validez de la prueba obtenida por el particular no puede depender de la intención del particular.

En conclusión, por intentar argumentar el uso de las pruebas en este caso concreto, el Tribunal Supremo ha sentado un precedente peligroso para la capacidad probatoria de algunos delitos -no sólo económicos sino también contra la libertad sexual en casos de abusos a menores por parte de uno de los progenitores y otros cometidos eminentemente en la intimidad- de forma inoportuna, ya que no era necesario hacer tan exhaustiva ni restrictiva interpretación de lo que se entiende por colaborar con las autoridades estatales. Era suficiente con argumentar para aceptar la licitud de la prueba, como hizo la Audiencia Nacional, que el delito cometido por Falciani en Suiza no era tal delito en España y que un sujeto no puede ampararse en el derecho a la intimidad que le ofrece una entidad bancaria de otro Estado, no ejercible en el nuestro y mucho menos como amparo para la comisión de delitos.

Pero la cuestión no terminó aquí, sino que fue recurrida en un amparo desestimado por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del pleno 97/2019, de 16 de julio⁸⁸. El Tribunal aprovecha la ocasión para exponer la trayectoria que la prueba ilícita ha seguido en nuestro país. Resume detalladamente la STC 114/1984, de 29 de noviembre, dictada antes de la aprobación de la LOPJ. En esta sentencia, el TC sentó tres ideas básicas: el uso como prueba de aquellas evidencias obtenidas con vulneración de un derecho fundamental no supone por sí misma una violación del contenido de ese derecho fundamental; no existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita, sino que afecta a los derechos fundamentales procesales (art. 24.2 CE); la violación de estas garantías procesales ha de determinarse a través de un juicio ponderativo tendente

⁸⁷ RODRIGUEZ RAMOS: “¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)”, en *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 8974, 2017.

⁸⁸ A modo de resumen de la sentencia, se puede leer: ZARAGOZA TEJADA y GUTIÉRREZ AZANZA: “La exclusión de la prueba ilícita tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019 sobre la Lista Falciani”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* num.56/2019. BIB 2019/9320

a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes. Para realizar este juicio ponderativo que permita excluir una prueba por vulnerar el art. 24.2 CE, 1) primeramente hay que constatar que la ilicitud del acto de obtención de los elementos de convicción radica en la vulneración de un derecho fundamental y una vez esto es cierto, 2) determinar si hay una conexión entre la vulneración del derecho fundamental con los derechos procesales del art. 24.2 CE desde el prisma de un proceso justo y equitativo, esto es, que produzca una ruptura del equilibrio procesal de las partes. Posteriormente, en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, el TC configuró el análisis de ese nexo a través de una valoración interna y externa: 1) se valora si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles o la intensidad de la vulneración del derecho fundamental (casos de torturas nunca podrán superar este juicio); y 2) si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada.

Después de resumir la doctrina sobre la prueba ilícita, la aplica al caso Falciani. Admite que la prueba originaria fue obtenida de forma ilícita como afirma el Tribunal Supremo y se muestra de acuerdo con la interpretación que hace del art. 11.1 LOPJ y su finalidad, por lo que pasa a analizar el nexo entre la vulneración del derecho fundamental a la intimidad cometido por Falciani y las garantías procesales del art. 24.2 CE. Desde el punto de vista interno, aduce el TC que la tutela del derecho a la intimidad de los clientes de la entidad bancaria queda colmada con los procedimientos judiciales que se despliegan en Suiza sin que sea necesaria una tutela adicional; además, la información extraída únicamente contiene los importes de unas cuentas bancarias y no sus movimientos por lo que no hay una afectación a la “intimidad económica”. Y desde el punto de vista externo, no existe ese riesgo de propiciar actuaciones como la de Falciani porque en España no existen prácticas de opacidad bancaria amparadas por el Estado. Por tanto, los datos obtenidos por Hervé Falciani y en poder de las autoridades españolas tras su envío por las autoridades francesas no pueden ser considerados como una prueba ilícita. El juicio aquí analizado será el que, a falta de una expresa regulación legal que no sabemos si se producirá, deberán superar las pruebas proporcionadas por los *whistleblowers* a la hora de denunciar delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas.

Sin embargo, esta sentencia no ha carecido de detractores, como ASENSIO MELLADO⁸⁹, que considera una “degradación de la prueba ilícita a una mera irregularidad procesal valorable en el caso atendiendo a generalidades abiertas y no definidas desde la objetividad” con la intención de “acabar con la ilicitud probatoria y reconducirla a una simple vulneración infraconstitucional supeditada a objetivos de «justicia» siempre atendibles por encima del valor de los derechos fundamentales”. Para este autor, la STC 114/1984 configuró la ilicitud de la prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales es una garantía autónoma de los arts. 24.2 y 14 CE y esto unido a una norma que declarara la ilicitud de la prueba (art. 11.1 LOPJ), la violación de los derechos de los arts. 24.2 y 14 CE es clara. Y el TC no puede crear derechos, solo reconocerlos y determinar su contenido esencial o límites que no pueden ser violentados, por mucho que con la sentencia Falciani intente hacer ver que la exclusión probatoria es de creación jurisprudencial y puede modificar a su antojo o incluso restringir el alcance de disposiciones legales tan claras como el art. 11.1 LOPJ. Por el contrario, en opinión del autor, el Tribunal Constitucional entiende ahora que lo prohibido por el art. 24.2 CE es que se obtengan pruebas vulnerando derechos fundamentales, que haya una conexión entre la violación del derecho fundamental y la obtención de pruebas. Antes, el TC defendía que la prohibición de la prueba ilícita era una garantía constitucional autónoma del art. 24.2 CE pero ahora supedita la prohibición a la afectación a un proceso con todas las garantías, a un proceso “justo”.

Así que el Tribunal Constitucional está intentando flexibilizar la exclusión de la prueba ilícita para facilitar la prueba de delitos por parte de particulares, lo que en los delitos cometidos por las personas jurídicas será de gran utilidad al facilitarse la labor probatoria de los *whistleblowers*, pero se corre el riesgo de que una interpretación demasiado extensiva de esta limitación acabe vaciando de contenido el art. 11.1 LOPJ y los tribunales amporen de forma generalizada la vulneración de derechos fundamentales por particulares.

⁸⁹ ASENSIO MELLADO: “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, en *Diario La Ley*, N° 9499, Sección Tribunal, 16 de Octubre de 2019.

VIII. CONCLUSIONES

1. La introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro sistema penal no ha sido una cuestión pacífica sino que ha despertado un fuerte debate doctrinal, con dos posturas principales: los que defienden un sistema de responsabilidad por hecho propio (autorresponsabilidad) y los defensores de un sistema de responsabilidad por hecho ajeno (heterorresponsabilidad o sistema vicarial).
2. El Tribunal Supremo ha optado por un sistema de responsabilidad por hecho propio, lo que le ha llevado a configurar, como un elemento más de la tipicidad en los delitos cometidos por personas jurídicas, la ausencia de medidas de control idóneas y eficaces. La consecuencia práctica de ello es, como ha admitido el propio Tribunal, que la carga de la prueba de tal falta de control recae en la acusación. De esta forma, la acusación se encuentra con la dificultad de probar elementos negativos como puede ser la ausencia de un programa de cumplimiento normativo que además la persona jurídica acusada no está obligada a aportar.
3. A pesar de la inclusión en la legislación sustantiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la legislación procesal no ha sido, en mi opinión, suficientemente desarrollada al respecto, por lo que habrá que utilizar una norma diseñada para ser aplicada a personas físicas. Sí se han regulado cuestiones como la comparecencia en el proceso de la persona jurídica, pero no las reglas de distribución de la competencia (máxime cuando es un elemento del tipo la ausencia del debido control) o algunos problemas que se pueden dar en torno a la representación procesal de la entidad y los llamamientos a determinadas personas al proceso en calidad de testigos o peritos.
4. El elemento probatorio más relevante para una persona jurídica, aparte de la prueba de la inexistencia del delito de referencia cometido en su seno, será disponer de un programa de cumplimiento normativo idóneo y eficaz porque puede llegar a excluir su responsabilidad penal. El legislador lo ha regulado expresamente en el Código Penal de una forma en mi opinión bastante acertada, ya que no ha caído en una regulación rígida que los haga meramente estéticos para la empresa, ni de una manera tan laxa que sea difícil valorar su idoneidad y eficacia. Sin embargo, la postura mantenida por el Tribunal Supremo puede hacer que sea la acusación quien tenga que probar la ausencia de estos programas.

5. La dificultad que sufren las autoridades estatales para el descubrimiento de delitos cometidos en el seno de las empresas, en los cuales puede haber involucrados funcionarios y otras autoridades, hacen de gran utilidad las denuncias de empleados o personas que conozcan esos delitos. Estas personas no es que se encuentren escasamente protegidas frente a represalias por parte de su empresa, sino que es posible que tengan que hacer frente a un proceso penal en su contra. Actualmente en nuestro país hay pocos incentivos para los *whistleblowers* y sería una gran noticia que se aprovechara la transposición de la Directiva 2019/1937 para crear un verdadero estatuto de protección para los denunciantes.

6. Unido a los denunciantes, surge el problema de la admisibilidad de las pruebas que puedan aportar, porque es posible que hayan sido obtenidas de manera ilícita o vulnerando derechos fundamentales. La regulación legal se limita únicamente a la previsión del art. 11.1 LOPJ y el desarrollo jurisprudencial es muy escaso, destacando únicamente la STS 116/2017, de 23 de febrero y la STC 97/2019, de 16 de julio. El Tribunal Supremo ha aceptado la admisibilidad de las pruebas facilitadas por Francia tras ser requisadas al informático Falciani, quien a su vez las obtuvo contraviniendo la legislación suiza. Y ha sentado un peligroso precedente al determinar que una prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales será admisible siempre que se haya hecho sin la intención de preconstituir prueba, amparando por tanto motivaciones espurias pero no la colaboración con la justicia.

7. La responsabilidad penal de la persona jurídica es una materia muy novedosa con una regulación y desarrollo todavía escasos y cuyos problemas se deberán ir descubriendo y resolviendo con cautela en los próximos años.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ: “¿Los Tribunales españoles no deben erigirse siempre en custodios de los derechos fundamentales ante una prueba ilícita en origen? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la licitud de la prueba derivada de la «lista Falciani» (STS núm. 116/2017, de 23 de febrero)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2017. BIB 2017\1111.

ALONSO GARCÍA: “Compliance penal (IV): Las opciones de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica”. BIB 2020/36931. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2020.

AMÉRIGO ALONSO: “Los retos de la transposición de la Directiva Whistleblowing”, en *Diario La Ley*, Nº 9699, Sección Tribuna, 18 de Septiembre de 2020.

ARRIBAS ATIENZA: “La persona jurídica como responsable penal ante el proceso”, en *Revista Acta Judicial* nº 1, enero 2018

ASENCIO MELLADO: “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, en *Diario La Ley*, Nº 9499, Sección Tribunal, 16 de Octubre de 2019.

BACIGALUPO: “Posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario”. En *Diario La Ley*, Nº 9632, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2020.

BLANC LÓPEZ: “La responsabilidad penal del compliance officer” (Tesis doctoral). Universidad de Lleida, 2017.

CALVO VÉRGEZ: “Estructura, contenido y alcance de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión”, en *Revista Aranzadi Unión Europea* núm.5/2020. BIB 2020/11228.

CORCOY BIDASOLO; GÓMEZ MARTÍN: *Manual de derecho penal, económico y de empresa. Parte general y parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016.

DE LA MATA BARRANCO, et al: *Derecho Penal Económico y de La Empresa*. Dykinson, 2018.

DEMETRIO CRESPO: *Derecho penal económico y teoría del delito*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

DOPICO GÓMEZ-ALLER: “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, en *Diario La Ley*, nº 7796, 13 de febrero de 2012.

ECHEVERRÍA BERECIARTUA: “Aspectos básicos de los planes de compliance”, en *Diario La Ley*, Nº9191, Sección Tribuna, 7 de mayo de 2018.

El BBVA se opone a que PwC aporte al 'caso Villarejo' datos del 'forensic' sobre FG. (7 de julio de 2020). El Independiente: <https://bit.ly/3nSfbLg>

EUROPA PRESS: “BBVA: el juez del caso Villarejo apercibe a PwC por falta de colaboración”. (22 de junio de 2020). Expansión: <https://bit.ly/3hkLU9M>

FERNANDO DE LA FUENTE HONRUBIA: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi SAU, enero 2018. BIB 2018/6698

GALÁN MUÑOZ: *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1-2015*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

GARCÍA MORENO: *Del whistleblower al alertador: la regulación europea de los canales de denuncia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

GIMENO BEVÍA: “La formación y comunicación en compliance y su relevancia como prueba en el proceso penal”, en *Diario La Ley*.

GIMENO BEVÍA: “De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)”, en *Diario La Ley*, Nº 9139, Sección Tribuna, 14 de Febrero de 2018.

GIMENO BEVÍA: “La formación y comunicación en compliance y su relevancia como prueba en el proceso penal” en *Diario La Ley*.

GOENA VIVES: “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-2019. ISSN 1695-0194.

GOMEZ COLOMER (director): *Tratado sobre "compliance" penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MAGRO SERVET: “¿Es válido que el juez inste el requerimiento de documentos al investigado en el proceso penal a instancia de la acusación?”, en *Diario La Ley*, nº 9602, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2020.

MAGRO SERVET: “Viabilidad de la pericial de compliance para validar la insuficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”, en *Diario La Ley*, Nº 9337, Sección Doctrina, 15 de enero de 2019.

MARTINEZ SALDAÑA: *La protección del whistleblower: análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos tras la publicación de la Directiva (UE) 2019-1937*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MUÑOZ CARRASCO: “Análisis del estado actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* num.1/2019. BIB 2018\14697

NEIRA PENA: “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, en *Política. Criminal*. Vol 11, Nº22 (Diciembre 2016).

NEIRA PENA: “La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas”. *Grandes Tratados. La defensa penal de la persona jurídica*. BIB 2018\10271. Editorial Aranzadi, S.A.U. Enero de 2018.

NIETO MARTÍN ET AL: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

Norma UNE 19601:2017.

ORTIZ PRADILLO: “El difícil encaje del delator en el proceso penal español”, en *Diario La Ley*, Nº 8560, Sección Doctrina, 12 de junio de 2015.

PÉREZ FERRER: *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)*. R.E.D.S núm. 13. Julio-diciembre 2018. ISSN: 2340-4647.

RAGUÉS I VALLÈS: “El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937” en *Diario La Ley*.

RICHARD GONZÁLEZ: “Licitud y validez de la prueba obtenida por particulares en el proceso penal: comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero que declara la validez de la «lista falciani» para fundar una condena por delito fiscal”, en *Diario La Ley*, N° 8946, Sección Doctrina, 22 de marzo de 2017.

ROBLES PLANAS: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”. En *Diario la Ley*, N° 7705, Sección Doctrina, 29 de septiembre de 2011.

RODRIGUEZ RAMOS: “¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)”, en *Diario La Ley*, N° 8974, 2017.

SIMÓN CASTELLANO: “Requerimientos de información y derecho de defensa de la persona jurídica (Reflexiones en torno al caso BBVA-Villarejo)”, en *Diario La Ley*, n.9691, Sección Tribuna, 8 de septiembre de 2020.

Special Eurobarometer 470, about corruption, October 2017. <https://bit.ly/2X0EmiZ>

TORRAS COLL: “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa compliance”, en *La Ley Penal* n°130 enero-febrero 2018.

VEGAS AGUILAR; HERNANDEZ SÁNCHEZ; INZQUIERDO GARCÍA: “La figura del Compliance Officer y los programas de prevención de riesgos penales”, en *Diario La Ley*, n° 8689, Sección Tribuna, 26 de enero de 2016.

ZARAGOZA TEJADA y GUTIÉRREZ AZANZA: “La exclusión de la prueba ilícita tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019 sobre la Lista Falciani”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* num.56/2019. BIB 2019\9320.

JURISPRUDENCIA

AAN (Sala de lo Penal, sección 2ª) de 19 de mayo de 2014. ECLI: ES:AN:2014:359A.

STS 154/2016, de 29 de febrero.

STS 583/2017, de 19 de julio.

STS 123/2019, de 8 de marzo.

STS 35/2020, de 6 de febrero.

STS 221/2016, de 16 de marzo.

STS 778/2013, de 22 de octubre.

STS de 29 de octubre de 1990.

STSJ Valencia 1054/2019, de 2 de abril.

STC 146/2019, de 25 de noviembre.

STSJ País Vasco de 12 de julio de 2005.

STSJ Andalucía de 2 de octubre de 2007.

STC 114/1984, de 29 de noviembre.

STC 85/1994, de 14 de marzo.

STS 116/2017, de 23 de febrero.

STC 97/2019, de 16 de julio.

STS 528/2014, de 16 de junio.

STS 2144/2002, de 19 de diciembre.

Circular FGE 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.